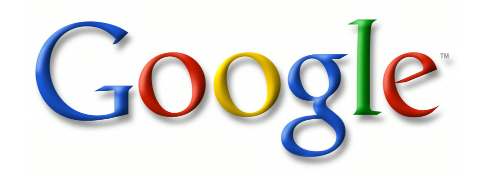
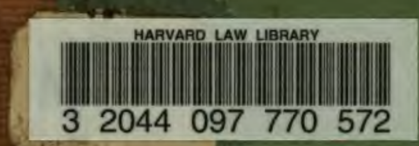




ÉTUDE

SUR

LA RÈGLE CATONIENNE

EN DROIT ROMAIN

PAR

E. MACHELARD
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris

PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
RUE DES GRÈS-SORBONNE, 7.

1862


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



France

ÉTUDE
SUR LA RÈGLE CATONIENNE
EN DROIT ROMAIN

(Extrait de la *Revue historique de droit français et étranger*,
numéro de mai-juin 1862.)

PARIS. — TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7.

ÉTUDE

SUR

LA RÈGLE CATONIENNE

EN DROIT ROMAIN

PAR

E. MACHELARD
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
RUE DES GRÈS-SORBONNE, 7.

1862



La règle dite Catonienne a acquis assez de célébrité, et a été souvent dotée d'une importance considérable, parce qu'elle a été envisagée comme exprimant un principe général, et confondue volontiers avec cette maxime qu'on trouve également dans les lois romaines : *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* [1]. Cependant, en examinant les textes de près, et en parcourant les applications que nous fournissent les fragments des jurisconsultes, il est facile de constater que cette règle a reçu, sous la plume des commentateurs, une extension exagérée, et qu'en réalité, elle avait un rôle plus modeste que celui qui lui a été vulgairement assigné. Loin de s'appliquer à tous les actes juridiques, la règle n'était faite que pour les dispositions de

1 L. 29, *De reg. jur.*, D. (50-17).

dernière volonté à titre particulier (legs ou fidéicommis). Elle n'avait d'autre but que de trancher cette question : Faut-il, pour apprécier la validité de cette sorte de dispositions, prendre en considération l'époque de la confection du testament ou celle de la mort? La règle posée par Caton fit prévaloir la première de ces opinions, mais uniquement par rapport aux legs destinés à produire un effet immédiat dès la mort du testateur, tandis qu'il n'y avait pas lieu à user de la même sévérité quant aux legs dont l'effet ne devait se réaliser qu'ultérieurement, notamment quant aux legs conditionnels.

Cette division des legs en deux catégories, dont les uns, asservis à la règle Catonienne, prenaient leur *initium* au moment de la confection du testament, et les autres, dispensés de cette règle, n'avaient leur *initium* que dans l'avenir, n'établissait pas néanmoins entre les deux classes une démarcation tellement profonde, qu'on ne dût point, pour les legs exempts de la règle Catonienne, se préoccuper de l'état de choses existant lors du testament. Ainsi, l'absence de la *testamenti factio* chez le légataire, le défaut de *commercium* dans l'objet légué, ne pouvaient être conjurés par la précaution d'une condition jointe à la disposition, ce qui prouve que les jurisconsultes romains voyaient dans ces vices des obstacles supérieurs à la portée de la règle Catonienne. Quant à la question de savoir si l'indépendance entre le grevé du legs et le gratifié devait être considérée comme offrant également un caractère de nécessité absolue, il y

avait entre les deux écoles un dissentiment que nous ont fait connaître les commentaires de Gaïus.

D'un autre côté, l'application littérale de la règle, telle qu'elle avait été formulée par Caton, eût abouti quelquefois à annuler des legs purs et simples, dont la validité est cependant reconnue dans des textes positifs, par exemple, dans le cas où un esclave est légataire, soit d'une chose appartenant à son maître, soit d'une créance due purement à ce dernier. Nous voyons là l'œuvre d'une interprétation raisonnable, qui dégagea, sous la forme vicieuse donnée à la règle, la pensée qu'elle avait en vue de faire prévaloir. La sagacité des jurisconsultes sépara la personne de l'esclave, sujet certain du legs, de la personne du bénéficiaire indéterminé appelé éventuellement à en recueillir le profit. Ce dernier point fut traité comme étranger à l'*initium* du legs, et échappa dès lors à la règle Catonienne.

Ce n'est donc qu'à l'aide de distinctions nombreuses, et parfois assez délicates, que l'on peut parvenir à circonscrire le véritable domaine de la règle introduite par Caton. L'examen des difficultés que présente l'application de cette règle ayant fait l'objet de plusieurs séances pendant le cours de la conférence de doctorat dont nous avons été chargé, cette année, à la Faculté de Paris, nous avons résumé le résultat des conclusions auxquelles nous a conduit l'étude de cette matière. Nous avons jugé utile de publier le fruit de nos recherches, soit pour fixer les souvenirs de nos auditeurs, soit pour soumettre les solutions que nous avons

adoptées aux personnes que peut intéresser la discussion de l'un des problèmes si nombreux qu'offre la jurisprudence romaine, en appelant leur critique sur des décisions que nous n'avons admises quelquefois qu'avec hésitation.

La *Revue historique*, qui nous a déjà prêté le secours de sa publicité pour un travail de plus longue haleine, a bien voulu nous ouvrir encore ses colonnes pour y insérer le présent essai sur la règle Catonienne.

E. Machelard.

Paris, 16 juin 1862.

ETUDE

SUR

LA RÈGLE CATONIENNE

EN DROIT ROMAIN.

---

1. La règle Catonienne est ainsi appelée du nom de son auteur, c'est-à-dire du nom du jurisconsulte qui la fit prévaloir, de même qu'on appelle stipulation Aquilienne la formule de stipulation inventée par Aquilius, et caution Mucienne celle qui fut imaginée par Mucius. On ignore quel est précisément celui des Catons qui donna son nom à cette règle. Remonte-t-elle jusqu'à Caton le Censeur, *Marcus Cato*, qualifié par Pomponius [1] de *princeps Porciæ familiæ*, ou seulement à son fils, qui, comme jurisconsulte, acquit encore plus de célébrité que le père? Pomponius [2] nous apprend que de son temps on possédait les ouvrages du père (*cujus et libri exstant*); mais il ajoute que le fils en avait laissé davantage (*sed plurimi filii ejus*). Aulu-Gelle [3] atteste l'importance des œuvres de Caton le fils (*egregios de juris disciplina libros reliquit*). Il est vraisemblable que les fragments du Digeste, où il est fait mention des *libri Catonis*, se réfèrent à Caton le fils, et que c'est là que se trouvait formulée la règle dite Catonienne. Quel que soit d'ailleurs l'auteur de la règle, elle aurait été introduite avant la fin du sixième siècle, puisque la mort de Caton le fils, arrivée l'an 600 de Rome, est antérieure à celle du père, qui survécut à son fils, et ne mourut qu'en 605.

2. Voici la teneur de la règle, telle qu'elle nous est fournie par Celse [4] : *Catoniana regula sic definit : quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quan-*

[1] L. 2, § 38, *De orig. jur.*, D. (2-1).
[2] *Ibid.*
[3] Liv. XIII, ch. XVIII.
[4] L. 1, pr., *De reg. Cat.*, D. (34-7).

But

docunque decesserit, non valere. Ainsi, le but de la règle est d'arranger les choses (*sic definit*), quant à l'appréciation de la validité des legs, en se plaçant au point de vue suivant. Il faut supposer que la mort du testateur est arrivée immédiatement après la confection du testament. Dans cette hypothèse, tel legs aurait-il pu être efficace? Si la réponse doit être négative, il n'y a pas à tenir compte des changements survenus dans l'intervalle écoulé depuis la confection du testament jusqu'au moment réel du décès. Peu importe que les obstacles qui existaient à l'origine aient disparu dans l'entre-temps.

motifs rationnels

3. Quand on cherche à justifier rationnellement la règle Catonienne, elle peut paraître assez rigoureuse. Les legs, effectivement, ne sont que des projets, des dispositions pour l'avenir, ou plutôt pour l'époque de la mort. Dès lors, pourquoi ne pas attendre cette époque, et se préoccuper dans le passé de difficultés qui en fait ne se seront point présentées? La réponse à cette critique doit être empruntée, comme le fait observer M. Ortolan [1], à cette considération, que le terme de la vie est tout à fait inconnu. Mourir est la condition de l'humanité, condition dont l'accomplissement peut se réaliser à tout instant. La pensée de l'imminence du décès doit surtout être présente à l'esprit de celui qui teste. Les jurisconsultes en avaient conclu que chacun est censé régler la distribution de son patrimoine dans cette idée qu'on peut faire immédiatement ce qu'il désire. S'il y a des obstacles, il les ignorait sans doute; et peut-être n'eût-il point légué, s'il en avait été instruit. Au moins la chose est-elle incertaine; et la règle Catonienne, en annulant le legs, a l'avantage d'éviter des débats sur ce point [2].

Cas de legs fait à terme

4. Ces raisons ne sont plus applicables alors que le testateur n'a pas entendu faire des dispositions qui auraient un effet immédiat à sa mort. Si cet effet ne doit se réaliser que dans un avenir plus ou moins éloigné après le décès, il ne faut pas s'inquiéter d'un obstacle actuel, puisque le testateur ne voulait

1 Explication historique des Instituts, t. II, nº 860.

2 Cette explication, donnée par M. Rossbirt, est approuvée par M. Arndts, qui a publié en 1833, dans le *Rheinisches Museum*, un excellent article sur la règle Catonienne. Voir t. V, p. 241.

point laisser de suite, mais seulement à une époque ultérieure. Aussi la règle Catonienne était-elle écartée toutes les fois que le *dies cedens* du legs ne se liait pas à la mort du disposant, et qu'il se plaçait au delà. Cette restriction importante, qu'on ne doit pas perdre de vue pour bien saisir la portée de la règle, est indiquée dans la loi 3, D. *h. t. Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.* Nous négligerons quant à présent le mot *hereditates*, sur lequel nous aurons à revenir. Mais nous ferons de suite cette remarque essentielle, qu'il dépendait toujours de la volonté du testateur, en ajoutant une condition à son legs, de le mettre en dehors de l'atteinte de la règle Catonienne. On sait que, pour un legs conditionnel, le *dies cedens* était différé jusqu'à l'événement de la condition [1].

5. Il résulte de la loi 3 que la règle Catonienne n'était pas absolue en matière de legs. On devait distinguer deux catégories de legs : d'une part, ceux dont le *dies cedens* était contemporain de la mort du disposant, et d'autre part ceux dont le *dies cedens* était postérieur à cet événement. Les premiers étaient assujettis à la règle, les derniers en étaient exempts.

6. Toutefois cette division n'est pas rigoureusement exacte. Il peut se faire que, dans la première classe de legs, il y en ait qu'on doive encore soustraire à l'empire de la règle. On arrive, en effet, à admettre une seconde restriction, si l'on s'attache à l'interprétation de la pensée du testateur exprimée par la règle, interprétation qui est celle-ci : *Si je meurs aujourd'hui*, je veux qu'on accomplisse tel ou tel legs. Du moment où le testateur a eu soin de dire : *Je n'entends pas léguer pour le cas où je mourrais sur-le-champ, mais uniquement pour le cas où je mourrais à telle époque*, il n'est plus vrai de prétendre qu'il a disposé dans cette idée qu'on pourrait immédiatement exécuter. Aussi, doit-on alors mettre de côté la règle Catonienne, même à l'égard de legs qui auraient leur *dies cedens mortis tempore*. Si on l'appliquait littéralement, on arriverait à une absurdité. C'est là ce

[1] L'addition d'un *dies certus* n'aurait pas suffi pour soustraire la disposition à l'empire de la règle Catonienne : le terme fixe n'empêchait pas le droit au legs d'être acquis au légataire dès la mort du testateur.

que veut dire Celse, quand il ajoute, l. 1, pr. : *Quæ definitio in quibusdam falsa est.*

7. Cette observation, qui au fond est une critique de la rédaction donnée à la règle, à tel point qu'elle est appelée *falsa*, est développée par le jurisconsulte dans la suite du texte. Il suppose d'abord, au paragraphe 1er, que quelqu'un a légué de la sorte : *Si je meurs après telles calendes.* En fait, il n'est mort qu'après l'époque fixée. Faudra-t-il ici argumenter subtilement (*an cavillamur*)? Non, répond Celse. Il n'y a pas lieu à s'inquiéter du sort du legs, dans l'hypothèse qui sert de point de départ pour l'application de la règle Catonienne, celle d'une mort immédiate, par conséquent d'une mort antérieure aux calendes indiquées par le testament, puisque, d'après la manière dont la disposition est conçue, il n'y aurait pas de legs dans cette hypothèse. Avant de s'occuper du point de savoir si un legs est valable, il faut d'abord qu'il y ait un legs. (*Nam hoc modo, si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum verius est, quam inutiliter datum.*) Il n'y a legs véritablement qu'autant que le testateur a survécu aux calendes, c'est-à-dire en dehors de la supposition qui sert de base à la règle Catonienne. Néanmoins, on pourrait être tenté de faire tomber le legs sous le joug de la règle ; car, la condition s'étant accomplie *vivo testatore*, le legs est devenu avant le décès pur et simple ; et, comme tel, il a son *dies cedens mortis tempore*. Rigoureusement, dès lors, le legs devrait obéir à la règle, et être annulé. Mais ce serait là une interprétation inintelligente, qui ne tiendrait compte que de la lettre et non de l'esprit de la règle. Celle-ci ne doit être appliquée que là où le testateur a disposé en vue d'une mort immédiate, et non quand il a subordonné le legs à sa survivance jusqu'à telle époque.

8. Le paragraphe 2 de la loi 1 contient un second exemple analogue. Un testateur a légué à Titius un fonds qui appartenait à ce Titius lors du testament ; seulement il n'a légué qu'autant que Titius aurait aliéné le fonds du vivant du testateur [1]. Ici encore il n'y aurait pas de legs, si le testateur fût dé-

[1] Nous n'hésitons pas à admettre, contre l'avis de Cujas, la doctrine de Pothier, suivie généralement par les auteurs modernes, doctrine d'après laquelle ces mots : *Si eum vivo testatore alienaveris*, doivent être considérés

cédé incontinent. D'un autre côté, l'aliénation s'étant effectuée *vivo testatore*, le legs est devenu pur et simple du vivant du testateur; et, par suite, son *dies cedens* devant se placer *mortis tempore*, le legs pourrait être considéré strictement comme rentrant dans la classe de ceux qui sont gouvernés par la règle Catonienne. Mais ici encore on ne s'arrêtera pas à la lettre de la règle. Celle-ci sera mise à l'écart; il n'y a pas legs au cas de mort immédiate, mais au cas d'une mort survenant plus tard, et postérieurement à l'aliénation consommée.

9. Enfin c'est de la même manière qu'il faut expliquer la loi 2, *h. t.* Il s'agit d'un legs fait sous cette condition : *Si filia mea Titio nupta erit*. A l'époque de la confection du testament, la fille du testateur était impubère, et le mariage se trouvait impossible. Mais le testateur survit, et le mariage s'accomplit de son vivant. Paul déclare que le legs est valable. L'objection que prévoyait le jurisconsulte était sans doute celle-ci. La condition s'étant réalisée du vivant du testateur, le legs est devenu dès lors pur et simple; il aura son *dies cedens mortis tempore*, de sorte qu'une application étroite de la règle Catonienne eût conduit à l'annuler. En décidant ainsi, on aurait de nouveau mal compris la règle. Elle ne concerne que les dispositions susceptibles d'un effet immédiat au moment même du testament auquel son auteur n'aurait pas survécu. Tel n'était pas le legs en question, puisqu'il dépendait d'un mariage dont la réalisation était impossible à l'instant où le testateur réglait ses dernières volontés [1].

comme la reproduction de la teneur même du legs, et non comme l'indication d'un simple accident; sans cela, il y aurait antinomie entre la loi 1, § 1, *h. t.*, et le paragraphe 10, Instit. *De legat.*, confirmé par la loi 41, § 2, *De legat.*, I, D. (30). D'ailleurs, l'expression *item*, par laquelle Celse lie entre eux les deux exemples qu'il cite, prouve qu'il continue à développer la même idée. Or, l'analogie existe, si l'on suppose que les deux legs, subordonnés dans le principe à un événement incertain, ont perdu cette modalité du vivant du testateur; elle fera défaut, au contraire, si dans la deuxième espèce on voit un legs qui était pur et simple dès la confection du testament.

[1] M. Arndts, p. 208, sous-entend, dans la loi 2, que le mariage devait être accompli *vivo testatore*. L'hypothèse prévue par Paul ressemblerait ainsi à celles indiquées par Celse; il s'agirait toujours d'une condition qui, suivant l'intention du disposant, doit se réaliser avant sa mort.— Sans doute, en présence d'un legs conçu de la sorte, il y aurait lieu de le décla-

10. Quelle utilité, s'est-on demandé, pouvait offrir l'introduction d'une règle spéciale quant aux legs, règle dont la formule aurait été, paraît-il, arrêtée par Caton? Le principe que consacre cette règle, au lieu de constituer une singularité, n'est-il pas, au contraire, l'expression du droit commun? La législation romaine, en effet, admettait en thèse générale qu'un acte nul *ab initio* ne pouvait se confirmer par le laps du temps, comme le prouve la loi 29, *De reg. jur.* [1], conçue de la manière la plus large : *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.* On trouve, à l'occasion des stipulations, la même idée énoncée au paragraphe 2, Inst. *De inut. stip.;* et l'analogie avec la règle Catonienne existe parfaitement, puisqu'il était permis de stipuler sa propre chose conditionnellement [2], tandis qu'une stipulation pure et simple eût été inutile. Les institutions d'héritier étaient pareillement appréciées d'après le même point de vue, ainsi que l'atteste la loi 210, *De reg. jur. : Quæ ab initio inutilis fuit institutio ex postfacto convalescere non potest.* L'assimilation sous ce rapport entre les institutions et les legs est mise en relief dans la loi 201, *eod. tit. : Omnia, quæ ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint.* De tous ces textes il ressort clairement que la nécessité d'une validité *ab initio* est une condition commune pour tous les actes de droit, de sorte que la règle Catonienne apparaît comme une superfluité.

11. La solution de cette difficulté a été, suivant nous, ingénieusement exposée par M. de Vangerow [3]. Sans doute, fait observer cet auteur, en principe, c'est l'*initium* d'un acte qui doit être pris en considération pour statuer sur sa validité. Mais où doit-on placer cet *initium*, quand il s'agit de dispositions testa-

rer valable, si le testateur avait survécu au mariage; mais rien ne justifie cette restriction quant au temps fixé pour l'accomplissement de la condition. Nous pensons que Paul se préoccupe d'une difficulté qui peut se présenter pour tout legs conditionnel à l'époque du testament, mais transformé en legs pur et simple du vivant du testateur. En ce cas, le *dies cedens* arrive *mortis tempore;* néanmoins, on se préoccupera de l'état des choses au moment réel de la mort, et non rétroactivement au moment de la confection du testament.

[1] D. (50-17).

[2] L. 31, *De verb. oblig.*, D. (45-1).

[3] *Lerb.*, t. II, § 540, obs. III, nº 1.

mentaires? Probablement certains esprits voulaient distinguer entre les institutions et les legs. En ce qui concerne l'institution, il n'y eut jamais de difficulté à en fixer l'*initium* dès l'époque de la confection du testament. On sait que le testament *per œs et libram*, encore usité au temps des jurisconsultes, consistait au fond dans une *mancipatio familiæ*, c'est-à-dire dans un contrat solennel intervenant entre le défunt et l'*emtor*; et, malgré l'altération qu'avait subie cette forme *primitive*, on continua à considérer le testament comme un *negotium quod agitur inter testatorem et heredem* (§ 10, Inst. *De test. ordin.*), ce dernier tenant lieu de l'ancien *emtor*: *heredi qui imaginem vetustissimi familiæ emtoris obtinet* (ibid.). Quant aux legs, au contraire, il n'y avait aucun *negotium* entre le testateur et le gratifié. Jamais le légataire ne participa au testament. Il suffisait d'une déclaration de volonté unilatérale chez le disposant. Dès lors, on conçoit qu'aux yeux de quelques jurisconsultes le legs pût être regardé (ce qui assurément n'avait rien de déraisonnable) comme un acte dont l'*initium* devait être retardé jusqu'au jour de la mort. Mais cette opinion fut repoussée notamment par Caton, dont le sentiment prévalut; et, par suite, il y eut nécessité de formuler une règle particulière, dont le but était de fixer au moment même du testament l'*initium* du legs. Toutefois la règle ne fut pas absolue; il y eut un tempérament, admis peut-être par Caton lui-même, introduit peut-être par la jurisprudence. On sépara les legs qui devaient avoir un effet immédiat dès la mort du testateur, et ceux dont l'effet ne devait se produire que plus tard; distinction fondée probablement, comme nous l'avons dit, sur cette idée, que chacun est censé régler ses dispositions dernières comme si la mort allait le frapper sur-le-champ.

12. La règle Catonienne fut par conséquent destinée à sanctionner le triomphe de ceux qui plaçaient habituellement l'*initium* des legs au jour du testament. Elle n'était donc qu'une confirmation, à l'occasion des legs, du principe général : *Quod initio vitiosum est...* Seulement la tournure qui fut donnée à ce principe dans son application aux legs n'était peut-être pas heureuse. Déjà nous avons vu Celse critiquer la rédaction de la règle. Ne peut-on pas dire également qu'elle se trouve en échec, quand il s'agit du calcul de la quarte Falcidie? Supposons qu'un homme, peu solvable au moment où il teste, fasse des

legs purs et simples qui dépassent de beaucoup les trois quarts de son patrimoine, tel qu'il existait au jour du testament, mais que, sa fortune s'étant augmentée avant sa mort, l'hérédité soit suffisante pour satisfaire à tous les legs, sans entamer le quart réservé à l'héritier. Il est certain que les legs devront être exécutés intégralement, tandis que, en appliquant littéralement la règle Catonienne, ils seraient passibles d'une réduction. Si, au lieu de poser cette maxime : *Un legs, qui serait inutile, au cas où le testateur mourrait de suite, doit rester inutile, quelque soit l'époque du décès*, on s'était borné à dire : *Un legs doit être valable* AB INITIO, *et* L'INITIUM *du legs pur et simple est le moment même du testament*, toute équivoque eût été évitée. Il n'y avait qu'un doute à résoudre, la date de l'*initium* pour les legs. Cette date une fois fixée, la nécessité d'une validité *ab initio* allait de soi, en conformité du droit commun. C'eût été l'affaire de la doctrine de discerner les éléments qui se rattachent à l'*initium* d'un acte. Or, il est clair que la mesure d'après laquelle la part des légataires ne doit pas dépasser les trois quarts, n'appartient pas à l'*initium* des legs, son application ne pouvant être faite qu'autant qu'il y a une masse connue, dont la division suivant telles ou telles proportions est possible. Du reste, la jurisprudence romaine, sans se préoccuper de la lettre de la règle Catonienne, n'hésita pas sur ce point. Ce fut le moment de la mort du testateur qui fut pris en considération pour déterminer le calcul de la Falcidie ; et cela devait être, puisque la loi, dont les termes nous ont été conservés [1], laissait à chaque citoyen la faculté de léguer autant qu'il voudrait, sauf cette restriction : *Ne minus quam quartam partem hereditatis ex testamento heredes capiant*. Il ne pouvait y avoir d'hérédité qu'une fois le décès arrivé, suivant cet adage : *Nulla est viventis hereditas.*

13. Ne doit-on pas rattacher à l'influence de la règle Catonienne cette condition exigée anciennement pour la validité du legs *per vindicationem*, d'après laquelle il n'y avait que les choses appartenant *ex jure Quiritium* au testateur, soit à l'époque du testament, soit à l'époque du décès, qui pussent être léguées de

[1] Voir l. 1, pr. *Ad leg. Falc.*, D. (35-2).

la sorte, suivant le témoignage de Gaïus et d'Ulpien[1]? On conçoit que le testateur ne peut recourir efficacement à la formule *do lego* que quant aux objets dont il est propriétaire. Peu importe qu'il ait acquis cette qualité au moment où il meurt, si, à l'époque où il teste, il n'était pas autorisé à transmettre le droit de revendiquer, toutes les fois du moins que le legs doit être apprécié, en se plaçant à l'époque de la confection du testament. Mais, d'un autre côté, si l'exigence dont on usait en cette matière tenait à la règle Catonienne, il faudrait décider que, dans un legs *per vindicationem* laissé conditionnellement, la propriété n'était pas requise au moment du testament. Les auteurs sont divisés sur cette question. Hugo[2] et Harnier[3] enseignent l'affirmative, que M. Arndts[4] n'adopte pas, à raison de la manière générale dont s'expriment Gaïus et Ulpien. Nous serions disposé à admettre la première opinion. On s'explique du reste l'absence de documents sur ce point, parce que, depuis le sénatus-consulte Néronien, la rigueur appliquée autrefois au legs *per vindicationem* dut disparaître, et que, désormais, la validité du legs même pur et simple ne pouvait être douteuse, quand la chose léguée se trouvait au décès dans le patrimoine du testateur.

14. Nous ne devons pas cependant passer sous silence un texte qui a été invoqué en faveur de l'opinion que nous préférons, la loi 24, § 1, *De legat.* I, ainsi conçue : *Si usumfructum habeam, eumque legaverim, nisi postea proprietatem ejus nactus sim, inutile legatum est.* Il s'agit ici d'un legs d'usufruit, par conséquent d'un legs exempt de la règle Catonienne. Le testateur, qui n'est qu'usufruitier lors du testament, dispose d'une chose qui ne lui appartient pas à ce moment, en laissant un usufruit qui ne doit commencer qu'après sa mort. Cependant le legs est valable, si la propriété est acquise postérieurement au testament. Les commentateurs ont l'habitude de

[1] Gaïus, II, 196; Ulp., XXIV, 7. — Pourvu que la propriété existât chez le testateur au moment où il disposait, cette circonstance fût-elle ignorée de lui, le legs était valable. Voir l'espèce prévue par la loi 44, § 1, D. *De legat.*, I (30).

[2] *Rechtsgesch*, 11e édition, p. 569.

[3] *De reg. Cat.*, § 10 et § 26.

[4] *Loc. cit.*, § 4.

voir dans cette décision une dépendance de la règle Catonienne; le legs eût été nul, disent-ils; si le testateur fût mort immédiatement; néanmoins il peut *convalescere*, puisque, dans l'espèce, le *dies cedens* n'a lieu que *adita hereditate*.—A nos yeux, la difficulté n'est pas de comprendre comment le legs est valable, quand le testateur est devenu propriétaire, mais comment il ne le serait pas à défaut de cette acquisition. Pomponius, en effet, auteur de ce texte, n'ignorait pas le sénatus-consulte Néronien; et, dès lors, pourquoi le legs n'aurait-il pas été maintenu à titre de legs portant sur une *res aliena*, le sénatus-consulte s'appliquant aussi bien au legs d'usufruit qu'à celui de propriété, comme le prouve le paragraphe 85, *Vat. fragm.*? Il semblerait qu'aucune équivoque ne peut s'élever sur la pensée du testateur, quant à la portée de son droit, puisqu'il n'était qu'usufruitier. Nous croyons cependant qu'il faut dire que le testateur n'a pas entendu ici léguer la chose d'autrui, et grever ses héritiers de la charge de se la procurer. Ce qu'il a légué, c'est son propre usufruit : *Eumque legaverim*. Sans doute il a commis une erreur grossière; mais cette erreur ne pouvait être invoquée par le légataire pour imposer aux héritiers l'obligation d'acquérir l'usufruit qui ne se trouverait point *in hereditate*. Du moment, au contraire, où la chose léguée fait partie du patrimoine lors du décès, le legs sera valable, nonobstant l'erreur; *quia exitum voluntas defuncti potest habere*, § 11; Instit. *De legat.*

15. Remarquons, avant de quitter ce point, que les rédacteurs des Institutes de Justinien, en copiant Gaïus, suivant leur usage, ont conservé[1] une ancienne règle analogue à celle que nous venons d'examiner. L'affranchissement, comme le legs *per vindicationem*, n'avait des effets directs qu'autant que l'esclave appartenait au testateur *utroque tempore*. Cette décision était en harmonie avec la règle Catonienne, et avec les principes du legs *per vindicationem*, auquel on peut assimiler l'affranchissement considéré comme legs de la liberté. Mais s'accorde-t-elle bien avec les réformes de Justinien, qui a voulu donner toujours aux legs le plus d'énergie possible, et procurer au légataire l'action *in rem* toutes les fois qu'il y a moyen de le faire? Assurément, sous Justinien, le légataire d'une chose qui n'a été acquise

[1] Voir §. 2, *in fine*, *De sing. reb. per fideic.*

que depuis le testament, pourra prétendre à la revendication. Pourquoi l'esclave affranchi par testament, qui n'appartenait pas au défunt lors du testament mais qui lui appartenait lors du décès, n'aurait-il pas la liberté directe *ex testamento*, ce qui correspondrait à l'action *in rem* pour le légataire d'un objet, qui n'est entré dans le patrimoine du disposant qu'après la confection du testament ? La distinction maintenue par Justinien n'est pas sans importance : l'esclave devenant libre *ex testamento*, il serait *libertus orcinus*, et les droits de patronage profiteraient exclusivement aux *liberi*, héritiers ou non du testateur, tandis que, s'il obtient la liberté par suite d'un fidéicommis, il la devra seulement aux héritiers institués, et aura ceux-ci pour patrons.

16. Nous avons indiqué les motifs qui ont nécessité l'adoption d'une règle spéciale, quant aux legs, qui est devenue la règle Catonienne. Si notre explication est exacte, la règle ne devait fonctionner que pour les legs[1], et non pour les institutions d'héritier, à l'égard desquelles l'*initium* n'a jamais fait difficulté. Cette circonscription de la règle ressort clairement de sa formule, telle que nous la donne Celse : *Id legatum*... Aussi ne devons-nous pas nous étonner de voir Papinien déclarer dans la loi 3, *h. t.*, que cette règle n'a pas trait aux hérédités. Cependant Cujas a soutenu énergiquement et à plusieurs reprises la thèse inverse, qui a été suivie par Pothier, et que l'on trouve encore dans nos meilleurs auteurs modernes, qui font intervenir la *célèbre règle Catonienne*, quand il s'agit d'apprécier la validité d'une institution[2]. Essayons de vider ce point important sur lequel on dispute depuis longtemps.

17. Pour écarter l'obstacle qu'élève contre son système la loi 3, Cujas[3] déclare ce texte altéré. Il affirme qu'il faut le corriger, en lisant : *libertates* au lieu de : *hereditates*. Le motif en est évident,

[1] Nous examinerons plus loin la question de savoir si la règle était applicable aux fidéicommis.

[2] Le savant doyen de la Faculté de Caen pense que si, en droit romain, la capacité de l'institué était exigée à l'époque de la confection du testament, c'était là une conséquence soit des formes solennelles du testament *per aes et libram*... soit surtout de la règle Catonienne. Voir *Traité des donations*, etc., t. I, no 715, p. 724.

[3] Obs. IV-4.

ajoute notre grand jurisconsulte. Pour un affranchissement, le *dies cedens* n'a lieu que *adita hereditate*, la liberté n'étant acquise qu'à ce moment. Aussi Papinien rapproche-t-il les affranchissements et les legs dont le *dies cedens* n'arrive que *post aditam hereditatem*. Dans les deux cas, la règle Catonienne doit être écartée. — La correction proposée par Cujas ne repose sur l'autorité d'aucun manuscrit ; aussi est-elle justement repoussée par Favre[1]. Quant au raisonnement de Cujas, il ne saurait nous toucher : il ne repose que sur une erreur, sur cette idée fausse à notre gré, savoir que, pour les affranchissements testamentaires, il y aurait un *dies cedens* proprement dit. Nous n'avons vu nulle part que les jurisconsultes romains se préoccupassent du *dies cedens* en cette matière. Qu'importe que l'individu affranchi par testament ne devienne libre qu'à l'adition d'hérédité ? C'est un résultat analogue à celui qui se produit pour l'acquisition de la propriété de la chose léguée *per vindicationem*, acquisition qui est contemporaine de l'adition, bien que le *dies cedens* ait lieu dès la mort du testateur. Les effets du *dies cedens* sont d'opérer la transmissibilité en faveur des héritiers du légataire, de déterminer le bénéficiaire du legs, de régler quelquefois la composition du legs quand il porte sur une *universitas*. Lequel de ces effets peut trouver place à l'occasion d'un affranchissement testamentaire ? Il y a, si l'on veut, dans un affranchissement par testament, une disposition analogue à un legs ; mais il n'y a pas véritablement legs. Aussi les affranchissements testamentaires étaient-ils soumis à des règles particulières, et notamment ils n'étaient pas assujettis au calcul de la quarte Falcidie[2].

[1] *Conject.* XII-19.

[2] L'argument présenté par Cujas a été invoqué par M. Arndts (p. 234), dans le but d'établir que la nécessité de la propriété *utroque tempore* quant au legs *per vindicationem* ne se rattachait point à la règle Catonienne. En effet, dit-il, la même condition était requise pour la validité de l'affranchissement, bien qu'ici le *dies cedens* n'eût lieu que *adita hereditate*. — Nous répondons qu'en matière d'affranchissement il n'y a pas de *dies cedens*. Si le testateur ne peut affranchir directement que les esclaves qui lui appartiennent *testamenti tempore*, c'est précisément parce que les affranchissements, comme les legs, doivent être tels qu'ils seraient efficaces, si le testateur mourait sur-le-champ. Il n'a pu user de la formule : *liber esto* que pour l'esclave qui était à lui au moment où il testait. L'argument peut d'ailleurs être rétorqué contre le système de Cujas. S'il n'y avait à s'occuper de la

18. La difficulté de la question se complique quand on rapproche de la loi 3 la loi 4, dans laquelle Ulpien dit que la règle Catonienne ne concerne pas les institutions *conditionnelles : placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere*. Il semble, dès lors, qu'on est autorisé à conclure de là qu'elle s'applique aux institutions pures et simples, ce que Cujas et Pothier tiennent pour incontestable, de sorte qu'il y aurait parité entre les legs et les institutions. Aussi quelques auteurs ont-ils concilié les lois 3 et 4, en ajoutant dans la première de ces lois le mot *conditionales*, correction qui n'est pas plus légitime que celle de Cujas, et qui, d'ailleurs, a le défaut d'étendre aux institutions d'une certaine nature une règle qui n'a jamais été faite en vue des institutions.

19. D'autres explications ont été proposées de la part de ceux qui regardaient la règle de Caton comme étrangère aux institutions. Accurse et Bartole ont supposé qu'Ulpien voulait parler des legs qui se trouvent écrits dans un testament où l'héritier institué l'aurait été conditionnellement. Cette interprétation compte encore aujourd'hui pour partisans des esprits de mérite [1]. Il faut avouer que, si telle était la pensée d'Ulpien, il se serait exprimé d'une façon bien obscure. Ce n'est pas tout : le vice capital de cette interprétation est d'imputer à Ulpien, comme l'a fait observer Favre, une erreur qu'il ne peut avoir commise. Les textes abondent, en effet, pour démontrer qu'un legs n'en reste pas moins pur et simple pour accompagner une institution conditionnelle. C'est la doctrine enseignée uniformément, avec ses effets pratiques [2], par Gaïus, l. 107, *De cond. et dem.* (35-1); par Papinien, l. 99, *eod. tit.*; par Paul, l. 1 et 21, § 1, *Quand. dies legat.* (36-2); enfin par Ulpien lui-même, l. 7, § 4, *eod. tit.*

20. Favre, qui nous paraît avoir bien saisi le sens de la règle

régularité de l'affranchissement que *adita hereditate*, pourquoi serait-il nécessaire que l'esclave fût la propriété du testateur dès l'époque de la confection du testament ?

[1] Voir M. Ortolan, *Explication*, etc., t. II, p. 574, note 2.

[2] En pareil cas, le *dies cedens* avait lieu *mortis tempore*. Que l'on suppose un maître institué sous condition, et son esclave gratifié d'un legs pur et simple; il est évident qu'au cas de mort immédiate du testateur, le legs ne saurait subsister, puisque, suivant les expressions de Julien, l. 17, *Quand. dies*, etc., *in ejusdem personam et emolumentum legati et obligatio juris concurreret*.

Catonienne, dont il a judicieusement indiqué les motifs, ne trouvant pas moyen d'expliquer le mot *conditionales*, aboutit à dire qu'il faut l'effacer, comme ayant été ajouté par quelque ignorant interprète[1]. Quelque violente que soit cette conjecture, elle n'est pas absolument à dédaigner. Pour nous, nous serions plus enclin à croire que la loi 4 n'est qu'une transformation maladroite d'une proposition, qui, appliquée en matière de legs dans un autre texte d'Ulpien, la loi 41, § 2, *De legat.* I, et énoncée d'un façon en apparence générale (*ad conditionalia Catoniana non pertinet*), est devenue sous la plume de Tribonien une règle concernant toutes les dispositions conditionnelles, et, par suite, les institutions. Quoi qu'il en soit de cette supposition, Favre a eu raison de critiquer la doctrine qu'on a souvent cherché à étayer sur la loi 4, et qui consiste à prétendre que, pour une institution conditionnelle, la capacité d'être institué, la *testamenti factio,* n'était pas requise en la personne de l'héritier dès l'époque de la confection du testament, doctrine en opposition formelle à la loi 59, § 4, *De her. instit.*, D. (28-5).

21. Mühlenbruch[2], qui partage l'avis de Favre sur ce dernier point, essaye de tirer parti de cette exigence du droit romain relativement à la *testamenti factio* chez l'héritier, pour donner le sens suivant au fragment d'Ulpien. Le jurisconsulte n'aurait eu en vue la règle Catonienne que quant au tempérament dont elle usait à l'égard des legs conditionnels, qu'elle tolérait sans s'inquiéter de l'état des choses à l'époque du testament. C'est en faisant allusion à cette exemption de la règle dont jouissaient les legs de cette sorte, qu'Ulpien aurait entendu dire qu'on ne devait pas traiter avec la même indulgence une institution conditionnelle. Mühlenbruch, cependant, finit par avouer que les compilateurs auraient mieux fait de ne pas admettre ce texte, qui pouvait prêter à des malentendus. Nous ajouterons que nous n'apercevons pas le rapport sous lequel l'institution conditionnelle devrait être traitée plus sévèrement que le legs conditionnel; car nous établirons plus loin que ce dernier lui-même exigeait de la part du légataire la *testamenti factio* dès la confection du testament.

22. En définitive, il nous semble assez difficile de trouver une

[1] *Utpote quæ in textum haud dubio irrepserit ex glossa imperiti interpretis.*
[2] Suite de Glück, t. XXXIX, § 1437, p. 145 et suiv.

signification satisfaisante à cette malencontreuse phrase d'Ulpien, qu'on peut soupçonner ne pas lui appartenir, ou du moins avoir été détachée de ce qui l'entourait, et servait à préciser la pensée du jurisconsulte. Au surplus, la doctrine exprimée dans ce texte, prise à elle seule, abstraction faite des inductions qu'on a voulu en tirer *à contrario*, n'a rien que de légitime. S'il est certain, en effet, que la règle Catonienne est étrangère aux institutions, elle ne concerne pas plus celles qui sont conditionnelles que celles qui sont pures et simples. La loi 4 n'est embarrassante qu'à raison de ce qu'elle semble séparer les institutions conditionnelles de celles qui ne le sont pas. Or, on sait combien est peu concluant, en général, un argument *à contrario*; et, dans le sujet qui nous occupe, les données de l'histoire sur les formes du testament en droit romain mettent hors de doute cette proposition, que la règle Catonienne n'a pas été introduite en vue des institutions d'héritier.

23. Développons maintenant les conséquences qui découlent du système que nous adoptons. Au premier abord, on pourrait croire que ce débat est inutile, et qu'il est indifférent d'écarter ou non la règle Catonienne quant aux institutions, puisqu'il est constant que leur validité devait être jugée suivant des principes analogues à ceux qui, pour les legs, avaient fait établir la règle Catonienne. Seulement ici ce mode d'appréciation aurait toujours été incontesté; on aurait admis dès l'origine la nécessité d'une validité *ab initio*, nécessité exprimée dans la loi 210, *De reg. jur.* Ce ne serait donc que pour l'honneur de la vérité historique qu'il importerait de restreindre aux legs la règle Catonienne. Telle est, en effet, l'opinion positivement énoncée par M. de Vangerow. Le savant professeur d'Heidelberg déclare que dans sa conviction il n'y a aucun inconvénient à transporter aux institutions la formule de Caton, en admettant cette maxime : *Quæ heredis institutio, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutilis foret, eam, quandocunque decesserit, non valere.* Ce serait uniquement une superfluité, mais nullement une inexactitude.

24. Nous ne pouvons nous associer à cette théorie. Nous pensons, au contraire, qu'en matière d'institutions, la jurisprudence romaine n'a admis d'autre règle que celle-ci : *Quæ ab initio inu-*

tilis fuit institutio non potest convalescere, ce qu'il ne faut pas confondre avec la règle Catonienne. La première règle, effectivement, en se contentant d'un *initium* valable, laisse le champ ouvert à l'interprétation, pour discerner quels sont les éléments constitutifs de l'*initium*. La seconde règle a l'inconvénient de couper court à cette discussion, en réduisant purement à une question de date la question de savoir si un legs peut être efficace. Déjà nous avons fait observer[1] que la rédaction de la règle Catonienne n'était pas à l'abri de critique. Nous allons constater qu'à l'occasion des institutions, les jurisconsultes, n'ayant à s'occuper que du point de vue d'un *initium* valable, ont raisonné plus librement que s'ils avaient été astreints à obéir à une règle Catonienne.

25. Les commentaires de Gaïus (II, 123) nous ont révélé une controverse importante, qui s'était élevée entre les deux écoles, et qui tenait précisément à une manière différente d'envisager l'*initium* d'une institution. Les Sabiniens et les Proculéiens étaient en désaccord sur le point de savoir quelle était sur le testament du père l'influence de l'omission du *filius in potestate.* Les Sabiniens estimaient que la précaution d'instituer ou d'exhéréder rentrait dans ce qui constituait l'*initium*. Nonobstant le prédécès du *filius*, ils tenaient le testament pour nul, par ce motif que donne Gaïus : *Scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio.* Les Proculéiens, au contraire, admettaient une distinction. Sans doute, disaient-ils, le testament sera nul, si le fils survit au père ; ce dernier mourra alors intestat. Mais, dans le cas inverse, l'institution sera valable, l'omission du fils ne frappant pas, à leurs yeux, le testament d'une nullité originaire. C'est encore Gaïus qui nous l'apprend : *Quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio præterito.* — De ce que l'opinion Sabinienne a été préférée par Justinien, il ne s'ensuit pas qu'elle fût la meilleure. Pourquoi gêner à l'avance l'exercice de la *testamenti factio* en vue d'une éventualité que l'avenir doit écarter ? Les Proculéiens voulaient bien protéger le fils, si besoin était de le faire ; mais ils exigeaient, comme nous le dirions aujourd'hui, qu'il y eût un intérêt né et actuel ; il leur répugnait de faire profiter des agnats fort éloignés peut-être d'une règle

[1] Voir p. 7.

qui n'avait été introduite qu'en faveur du descendant. En un mot, les Sabiniens raisonnaient, à l'égard d'une institution, comme Caton raisonnait à l'égard des legs, tandis que l'autre école s'écartait de ce point de vue. Comme ce débat subsistait encore sous Gaïus, par conséquent à une époque où la règle Catonienne était généralement reçue, et appliquée même avec rigueur quant aux legs précisément par les Proculéiens, comme nous le verrons, il faut en conclure qu'il n'existait pas, pour les institutions d'héritier, une règle semblable. Si elle eût été admise en cette matière, telle que la formule M. de Vangerow, comment un Proculéien aurait-il pu décider que la survie du testateur au fils autorisait à déclarer le testament valable, malgré l'omission du fils?

26. Une autre hypothèse va nous servir à vérifier si réellement, en droit romain, il fallait admettre pour les institutions, comme pour les legs, que celles qui eussent été inutiles en cas de mort immédiate n'étaient point susceptibles de devenir efficaces. On sait que la loi Ælia Sentia déclarait nuls les affranchissements faits par un testateur insolvable, instruit de son insolvabilité. Tout au plus pouvait-il affranchir un esclave, afin de se donner un héritier nécessaire. Mais un affranchissement unique suffisant pour atteindre ce résultat, les autres étaient sans valeur, fussent-ils accompagnés d'une institution ; le premier esclave institué était seul libre. Que fallait-il décider, si un homme insolvable avait institué plusieurs esclaves, mais que, par suite d'un accroissement de fortune survenu entre la confection du testament et le décès, l'hérédité se trouvât solvable? On ne peut guère douter qu'en pareil cas les diverses institutions ne fussent valables. En effet, la condition nécessaire pour appliquer la prohibition d'affranchir est qu'il y ait un *eventus damni*, lequel ne se rencontre pas ici. Aussi la loi 18, pr. *Qui et a quib. man.*, D. (40-9), dit-elle : *Nam sicut aucta hereditas prodest libertatibus, ita nocet diminuta* [1]. Cette décision n'est pas en contradiction avec la seule règle qui doive être observée, suivant nous, c'est-à-dire que l'institution *ab initio* soit exempte de vice et conforme au droit. Telle est, en effet, l'institution du *servus proprius cum libertate*. Quant au défaut de préjudice pour les

[1] Voir dans le même sens la loi 57, *De manum. testam.*, D. (40-4).

créanciers, c'est un point qui ne saurait être considéré comme se rattachant à l'*initium* de l'institution, puisqu'il s'agit d'une éventualité, d'un danger hypothétique, dont l'existence ne s'est pas réalisée. Si l'on s'en tient à cette exigence, qui consiste dans la pureté de l'*initium*, elle reçoit satisfaction. Si l'on procède, au contraire, de la sorte : *Toute institution, qui aurait été inutile en cas de mort immédiate, doit rester inutile*, il faudrait décider qu'un seul esclave sera libre et héritier.

27. Nous trouvons une solution conforme à cette doctrine dans la loi 42, D. *De her. inst.* Un homme insolvable, ayant deux esclaves du même nom (*duos Apollonios*), les avait affranchis et institués l'un et l'autre. Avant l'ouverture des tablettes du testament, survient la mort de l'un des Apollonius. Julien décide que le survivant sera héritier nécessaire.—Cujas explique cette décision en invoquant la loi 5, *h. t.*, suivant laquelle la règle Catonienne ne s'applique pas aux *leges novæ*, caractère qui appartiendrait à la loi Ælia Sentia. Nous verrons plus loin que la loi 5 ne concerne que le *jus capiendi*. Julien ne se préoccupait pas de la règle Catonienne, étrangère, nous le savons, aux hérédités. Il examinait seulement si les institutions étaient valables *ab initio*; et à cette question il répondait judicieusement (*non ineleganter*) d'une manière affirmative. La double institution n'était viciée qu'autant qu'elle causerait un dommage aux créanciers. Or, le dommage disparaît avant que les institutions produisent leur effet [1]. A cette époque, on se trouve en présence d'une institution unique. Elle est valable, puisqu'elle n'occasionne qu'un préjudice qui doit être légalement supporté par les créanciers.

28. Nous avons déterminé le domaine de la règle Catonienne, quant au genre de dispositions de dernière volonté qu'elle est appelée à gouverner : les legs lui appartiennent, non les institutions d'héritiers. D'un autre côté, parmi les legs eux-mêmes, tous ne sont pas assujettis à cette règle. Il ne faut lui aban-

[1] M. Bachofen (*Ausg. Lehr. abhand.*, X, p. 374) induit avec raison de ce texte que l'acquisition de l'hérédité de la part de l'*heres necessarius* exigeait l'*apertura tabularum*, tandis que cette formalité était inutile pour investir de l'hérédité celui qui était *heres suus et necessarius*, comme le prouvent la loi 8, § 4, *De her. instit.*, D. (28-5), et la loi 3, *De jur. delib.*, C. (6-30).

donner que ceux dont le *dies cedens* se place à la mort du testateur; mais il faut lui soustraire ceux dont le *dies* est postérieur. Nous n'en avons pas fini avec les retranchements que doit subir le territoire propre à cette règle. On lui a souvent attribué une extension qu'elle n'a jamais eue, et nous aurons à constater, en définitive, qu'en la resserrant dans ses véritables limites, elle n'avait qu'un jeu assez restreint.

29. Les causes d'inutilité d'un legs peuvent être variées. Celles-là seules rentreront sous la règle Catonienne, à l'égard desquelles il sera permis de distinguer, suivant que le legs est pur et simple ou conditionnel. Toutes les fois, en effet, que la nullité est indépendante de la modalité du legs, et qu'il faut rejeter une disposition conditionnelle tout aussi bien qu'une disposition pure et simple, la règle Catonienne n'a rien à faire. La nullité du legs tient alors à un principe supérieur à la volonté du testateur, tandis que l'application de la règle Catonienne est, nous l'avons dit, subordonnée à cette volonté, puisque le disposant est maître de l'écarter, en ajoutant une condition.

30. Il est d'abord évident que, si le testament est nul, par exemple quand il a été fait par quelqu'un qui n'avait pas la *testamenti factio*, l'inutilité des legs qui peuvent y être contenus ne se rattache point à la règle Catonienne. Ils suivront tous le sort du testament; les legs conditionnels n'auront pas plus de valeur que les autres, bien que le testateur ait acquis ensuite la *testamenti factio*. La première condition, sans laquelle on ne peut songer à un legs d'aucune espèce, c'est qu'il y ait un testament valable. Mais, à l'inverse, là où se rencontre un testament valable, certaines dispositions accessoires, des legs notamment, peuvent rester sans effet. Voyons dans quels cas cette inefficacité devra être attribuée à la règle Catonienne.

31. Parmi les légataires, quelques-uns sont dépourvus de la *testamenti factio*. Faudra-t-il faire intervenir ici la règle Catonienne, et séparer les legs conditionnels des legs purs et simples? On l'a prétendu quelquefois; mais aujourd'hui la négative est assez généralement admise, et avec raison. Celui qui est exclu de la *testamenti factio* ne peut être absolument gratifié dans un testament. Le paragraphe 24 aux Institutes, *De legat.*, énonce cette idée quant aux legs, sans faire de réserve pour les legs conditionnels. Il en était de même à l'égard des institutions d'héritier, ce

qui résulte, comme nous l'avons fait observer plus haut, des termes bien précis de la loi 59, § 4, *De her. inst.* Or, ce texte, après avoir établi la règle en matière d'hérédités, l'étend positivement aux legs et aux *bonorum possessiones*, relativement auxquelles la doctrine est confirmée par la loi 6, *De bon. poss. cont. tab.* Les lois 62, pr. *De her. inst.*, et 52, *De legat.* II, qui ont été longtemps invoquées en faveur de la thèse contraire, pour établir l'inutilité de la *testamenti factio* à l'époque du testament, relativement aux dispositions conditionnelles, ne présentent plus maintenant une objection embarrassante. Les auteurs modernes s'accordent à ne les appliquer qu'à l'absence du *jus capiendi* et non au défaut de la *testamenti factio* [1].— Il n'y avait qu'une hypothèse en droit romain où l'on passait par-dessus l'absence de la *testamenti factio* pour donner effet à une disposition testamentaire : c'est celle où elle s'adressait à un postume externe. Jusqu'à un sénatus-consulte d'Hadrien, que nous a fait connaître Gaïus, II, 287, une pareille disposition, qui était nulle directement, pouvait être utile par la voie de fidéicommis [2]. Il est vrai que Justinien a fait disparaître l'incapacité dont était frappé le postume externe. Mais toujours est-il qu'en cela il ne s'est point inspiré de l'esprit de la règle Catonienne, puisque, dans le dernier état du droit, le legs laissé purement à un postume externe est tout aussi valable que le legs conditionnel. On ne doit voir dans la Constitution de Justinien qu'un échec assez considérable subi par la vieille règle, qui exigeait la capacité chez l'héritier ou le légataire dès la confection du testament.

32. Le legs porte sur un objet *extra commercium*, sur une chose sacrée, une chose publique, un homme libre, etc. Devra-t-on apprécier ce legs d'après la règle Catonienne, et distinguer s'il est pur et simple ou conditionnel, pour né l'annuler que dans la première hypothèse, en le validant dans la seconde, pourvu que l'objet légué soit entré *in commercio* lors de l'événement de la condition? Les auteurs sont partagés : M. de Vangerow [3] en-

[1] Voir sur ce point notre Etude sur les lois Julia et Papia, p. 53 et suiv.

[2] Nous laissons de côté la difficulté sérieuse que présente la conciliation de ce fragment de Gaïus avec deux passages des Institutes, le paragraphe 28 du titre *De legatis*, et le pr. du titre *De bon. possess.*

[3] T. II, § 525, obs. 1, *in fine*, et § 540, I, 1.

seigne l'affirmative, qui est repoussée par M. Arndts[1]. Nous ne faisons aucune difficulté de nous rattacher à cette dernière opinion, qui est celle aussi de M. Ortolan. Les Institutes, § 4, *De legat.*, s'expriment sur ce point d'une manière bien radicale : *Nullius momenti legatum est.* Ulpien, *Reg.* XXIV. 9, exclut en pareil cas toute possibilité de legs, *quoniam*, dit-il, *dari non potest ;* et ailleurs (l. 38, § 9, *De legat.*, I), il qualifie d'acte insensé une semblable disposition. Nous trouvons une décision analogue, § 2, Instit., *De inut. stip.* Les choses qui sont absolument hors du commerce (*quæ natura suî dominio nostro exempta sunt*) ne peuvent en aucune façon être l'objet d'une stipulation (*in obligationem deduci nullo modo possunt*). Ici le doute n'est pas permis sur la valeur que pourrait donner à la convention l'adjonction d'une condition. Les Institutes repoussent également la stipulation qui serait faite en vue d'un changement espéré par les parties ; et le motif en est donné dans la loi 83, § 5, D. *De verb. oblig.: Casum, adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile, neque naturale est.* Si l'on ne peut songer même dans l'avenir à la possibilité d'une *datio* pour de pareilles choses, quand il s'agit d'un contrat, pourquoi en serait-il autrement à l'occasion du legs, dont le but est aussi de conduire à une *datio*, et de créer une action analogue à celle qu'engendre la stipulation ? Nous sommes donc encore autorisé à dire que la règle Catonienne est étrangère à la nullité qui affecte la disposition.

33. L'influence de cette règle apparaît seulement quand le défaut de *commercium* n'est pas absolu. C'est ce qui arrive là où la chose léguée appartient au légataire. Celui-ci est actuellement incapable d'acquérir ce qui lui est légué ; mais il n'y a qu'une incapacité transitoire, de nature à s'évanouir d'un jour à l'autre. Ici s'applique la distinction entre la disposition pure et celle qui est conditionnelle. Cette distinction, du reste, est vraie, qu'il s'agisse d'un legs ou d'une stipulation. De même qu'il n'est pas permis de stipuler purement sa propre chose (§ 2, Instit., *De inut. stip.*), tandis que la stipulation sous condition est valable (l. 31, D. *De verb. oblig.*), de même un légataire ne peut profiter du legs pur et simple d'une chose qui lui appartient (§ 10,

[1] P. 214.

Instit., *De legat.*); et cependant un legs conditionnel sera efficace, pourvu qu'à l'événement de la condition le légataire ait cessé d'être propriétaire (l. 98, D. *De cond. et dem.*). C'est ce que décide également la loi 41, § 2, D. *De legat.*, I, où la règle Catonienne est expressément invoquée, pour rendre compte de la différence de solution : *Purum igitur legatum Catoniana regula impediet; conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.*

34. Ce dernier texte nous fournit une autre application de la règle Catonienne pour un cas analogue au précédent. Il s'agit d'un legs par lequel un testateur a disposé de matériaux actuellement joints à un édifice. Un sénatus-consulte, rendu sous Trajan ou Hadrien, défendait de léguer *ea quæ ædibus juncta sunt*, nous dit le paragraphe 1 de la loi 41. Cette prohibition signalée à l'occasion du legs n'avait rien de spécial à ce sujet ; elle se liait à une mesure générale. Ce qu'avait voulu le sénat, comme nous l'apprend la loi 52, D. *De cont. emt.*, c'était de prévenir la démolition des constructions. Il était interdit aux propriétaires de détruire leurs maisons de ville ou de campagne (*domum villamve diruere*), et de chercher à tirer meilleur parti de leur chose en vendant les matériaux. Par suite, le legs était déclaré nul, quand il aurait exigé pour son exécution une démolition au moins partielle. Cependant on n'assimilait point les matériaux dépendant d'un édifice aux choses qui étaient *natura sui extra commercium*. Il n'en résultait qu'un obstacle temporaire à l'aliénation, qui cessait en même temps que l'union de ces objets à un bâtiment. S'il n'était pas permis de démolir, on pouvait néanmoins prévoir une séparation qu'amènerait un accident, un incendie, un écroulement. Dans le cas où le testateur n'aurait disposé qu'éventuellement, et où la chose léguée ne se trouverait plus *ædibus juncta* lors de l'événement de la condition, le legs était valable. Ulpien traite de la même manière le legs dont nous nous occupons et celui de la propre chose du légataire.

35. Les diverses hypothèses que nous avons passées en revue, et dans lesquelles nous avons constaté tantôt que la règle Catonienne était dépourvue d'influence, tantôt, au contraire, qu'elle exerçait son empire, nous amènent à cette conclusion, que, même en matière de legs, il faut encore circonscrire la portée de la règle.

En rapprochant les exemples que nous avons examinés, nous arrivons à établir la distinction suivante. Toutes les fois que l'un des éléments essentiels à l'idée d'un legs fait défaut, la disposition est nulle absolument, non pas grâce à la règle Catonienne, que le testateur peut écarter au moyen d'une condition, mais en vertu des principes généraux, qui sont au-dessus de la volonté du défunt. Ainsi les Romains n'admettaient pas un legs au profit de quiconque n'avait point la *testamenti factio ;* ils ne le concevaient pas plus sous condition que pur et simple. Celui qui était pérégrin au moment de la confection d'un testament ne doit jamais pouvoir tirer parti d'un acte qui appartient éminemment au *jus civile*. La position civique leur paraissait quelque chose de stable, dont le changement est improbable ; et, par suite, une disposition, qui dépendrait pour sa validité d'une pareille éventualité, était repoussée péremptoirement, même quand elle était faite en vue d'un avenir dont la réalisation ne doit guère être espérée. Les Romains pensaient également que les choses entièrement hors du commerce étaient du nombre de celles sur lesquelles un mourant ne peut pas étendre ses dispositions dernières, et dicter la loi à ses héritiers. Il n'est pas décent, disaient-ils, de supposer qu'un homme libre tombera en esclavage, qu'une chose sacrée deviendra profane, etc. — Au contraire, quand l'impossibilité de léguer tient à une circonstance d'une nature ordinairement transitoire, quand l'obstacle est susceptible de disparaître facilement, il n'y a nul inconvénient à prévoir que ce qui n'est point praticable maintenant le sera plus tard. La règle Catonienne trouvait alors son jeu légitime, et il fallait séparer les dispositions conditionnelles de celles qui étaient pures et simples. L'inaptitude, par exemple, à acquérir une chose dont on est actuellement propriétaire a un caractère éphémère, qui s'efface par une aliénation, c'est-à-dire par un événement fort simple, qui se produit tous les jours, et dont l'expectative n'a rien de déraisonnable. On plaçait, nous l'avons vu, sur la même ligne, bien qu'il y eût peut-être un peu d'indulgence à cet égard, la prohibition d'aliéner les matériaux faisant partie intégrante d'un édifice.

36. En dehors de ces deux hypothèses, legs d'une *res propria legatarii*, legs d'une *res ædibus juncta*, la règle Catonienne était encore applicable quant aux legs s'adressant à des individus

qui, par leurs rapports avec la personne grevée du legs, étaient empêchés de recueillir le bénéfice de la libéralité qui leur était faite. Ces rapports étaient aisément variables ; rien de plus fréquent qu'un changement de position qui remplace l'incapacité de la veille par la capacité d'aujourd'hui. Dès lors, une disposition conditionnelle était autorisée comme n'ayant rien qui répugnât aux probabilités que réserve l'avenir. C'est, en effet, relativement aux legs faits aux esclaves de l'héritier ou du testateur que l'on voit habituellement intervenir la règle Catonienne. Les jurisconsultes s'en occupent surtout à ce propos. Nous allons examiner comment elle opérait en cette occurrence ; et ici encore nous aurons à reconnaître que les jurisconsultes sont arrivés à discerner ce qui était indispensable pour asseoir l'idée d'un legs, pour qu'il pût *consistere*, suivant l'expression romaine.

37. Occupons-nous d'abord du cas où un legs est laissé à l'esclave de celui qui est institué héritier. Un passage fort connu des Institutes de Justinien, le paragraphe 32, *De legat.*, prévoit l'espèce, et résout la question par une distinction conforme à la règle Catonienne. Si le legs est pur et simple, il est condamné *à priori*. En vain, le légataire sortirait-il *vivo testatore* du pouvoir de l'héritier. Le legs devant être nul, si le testateur fût mort de suite, la règle Catonienne empêche sa confirmation. S'agit-il, au contraire, d'un legs conditionnel, sa validité dépendra de l'état du légataire lors du *dies cedens*.

38. Si nous rapprochons les Institutes de Gaïus de celles de Justinien, nous voyons que ce point avait divisé les jurisconsultes. Gaïus (II, 244) nous fait connaître trois opinions différentes. Servius admettait indistinctement la possibilité du legs ; il voulait qu'on attendît toujours le *dies cedens*. Les Proculéiens s'arrêtaient à une solution diamétralement opposée ; ils n'épargnaient pas plus le legs conditionnel que le legs pur et simple. Enfin, les Sabiniens enseignaient la doctrine exposée par les rédacteurs des Institutes, suivant laquelle on doit tenir compte de la nature du legs.

39. De ces trois opinions, la première ne paraît pas avoir trouvé d'écho. Elle partait de ce point de vue, que, pour un legs pur et simple, l'*initium* n'est pas antérieur au décès du testateur, et contredisait ouvertement la doctrine formulée par la

règle Catonienne. Nous pouvons seulement conclure de ce que nous apprend Gaïus que, plus d'un siècle encore après Caton, il y avait des esprits qui résistaient à admettre la règle à laquelle ce jurisconsulte a attaché son nom. — La seconde opinion exagérait les conséquences qui devaient se produire en cas de mort immédiate, supposition d'après laquelle doit être apprécié un legs. Les Proculéiens disaient qu'il se formerait dès lors un rapport de dette, un *debere sub conditione*, entre deux personnes, dont l'une était sous la dépendance de l'autre, rapport qui était impossible. Cette manière d'envisager un legs conditionnel, *pendente conditione*, ne fut pas celle qui prévalut. On décida, au contraire, que, pendant l'incertitude, le légataire ne pouvait pas être considéré comme ayant acquis même une espérance, quelque chose qui fût entré dans son patrimoine. Aussi ne transmettait-il rien à ses héritiers, s'il venait à mourir tandis que la condition était en suspens. Sous ce rapport, la stipulation conditionnelle différait du legs conditionnel, ce qui est exprimé par Ulpien dans la loi 42, pr. D. *De obligat. et act.*, où il qualifie de créancier *pendente conditione* celui qui a stipulé sous condition, tandis qu'il refuse ce titre au légataire sous condition. — L'opinion des Sabiniens obint sans doute de bonne heure la préférence. Nous la trouvons énoncée dans les *Regulæ* d'Ulpien, tit. XXIV, § 23. Le jurisconsulte n'admet que sous la modalité d'une condition la possibilité d'un legs au profit de celui qui est d'une façon quelconque soumis à la puissance de l'institué[1].

40. Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire quand il y avait institution d'une personne *alieni juris*, et legs en faveur de celui qui avait l'institué sous sa puissance, les jurisconsultes étaient d'accord pour admettre la validité au moins éventuelle du legs même pur et simple. Gaïus, II, 245, nous dit que c'est un point constant (*constat*). Suivant Justinien, Instit., § 33, *De legat.*, il

[1] *Ei qui in potestate, manu, mancipiove est scripti heredis sub conditione legari potest, ut requiratur, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.* — Les jurisconsultes de l'époque classique ne faisaient aucune distinction, quelle que fût l'espèce de puissance sous laquelle se trouvait le légataire par rapport à l'institué. Sous Justinien, il n'est plus question que de la *dominica potestas*, la *manus* et le *mancipium* ayant disparu, et la *patria potestas* ne faisant plus obstacle à ce que le fils de famille puisse acquérir pour son compte tout ce qui ne provient pas *ex re patris*.



n'y a pas de doute sur cette question (*non dubitatur*). En vain, fera-t-on observer que le maître acquerrait immédiatement le bénéfice du legs, si le testateur mourait de suite. Cette mort, en fixant le legs sur la tête du légataire, ne lui assurerait pas l'hérédité pour laquelle le préalable d'une adition *jussu domini* est nécessaire. Or, il se pourrait que le légataire, avant de donner cet ordre, perdît tout droit sur l'esclave institué, parce qu'il l'aliénerait ou l'affranchirait. Dès lors, rien n'empêcherait le legs d'être efficace, puisqu'il y aurait un héritier autre que le légataire. Il faut donc attendre que l'adition se soit réalisée, pour décider le sort du legs. Telle était la doctrine commune suivie par Julien. l. 17, *in fine*, D. *Quand. dies leg.*, et l. 91, pr. D. *De legat.*, I; par Paul, l. 25, D. *dict. tit.*, et par Ulpien, Reg. XXIV, 24[1].

41. Avant d'examiner les difficultés auxquelles peut donner lieu la doctrine exposée aux Institutes, § 32, *De legat.*, il n'est pas sans utilité de bien préciser la portée de cette doctrine. Elle consiste à déclarer nul *ab initio* un legs pur et simple, quand il s'adresse à l'esclave de celui qui est institué. Cette nullité devra être admise sans réserve, toutes les fois que le maître est héritier unique *ex asse*, à raison de l'incompatibilité qui existe entre la qualité d'héritier et celle de légataire. On ne peut pas se devoir à soi-même, s'il s'agit d'un legs *per damnationem*; on ne peut pas acquérir à la fois comme héritier et comme légataire, s'il s'agit d'un legs *per vindicationem*. Mais cette incompatibilité ne dépasse point la part héréditaire de celui qui est en même temps légataire. De même que le legs fait à l'héritier personnellement est valable pour ce qui grève les autres portions

[1] La négation qui se trouve dans le manuscrit d'Ulpien doit évidemment être effacée, comme l'a fait observer Cujas (Obs. VI-37). — Dans la loi 25, Paul ajoute que, si le fils fait adition sur l'ordre du père, la valeur du legs laissé à ce dernier devra être imputée sur le quart qui doit rester à l'héritier, en vertu de la loi Falcidie (*imputabitur ei in Falcidiam*). Cette proposition était exacte à l'époque où écrivait Paul. Le legs devenait alors inutile, le père recueillant par son fils l'émolument de l'hérédité. C'est par inadvertance que les compilateurs des Pandectes ont conservé cette dernière phrase de Paul. Sous Justinien, le fils de famille acquiert l'hérédité pour lui, et il est juste qu'il ait le quart entier de la succession, abstraction faite du legs, dont le bénéfice lui échappe pour rester au père.

héréditaires, de même le legs laissé à l'esclave de celui qui n'est institué que pour partie peut être valable en ce qui concerne les fractions du legs incombant à la charge des héritiers autres que son maître. On devra appliquer ici la distinction faite au cas du *prælegatum* par le jurisconsulte Florentinus, dans la loi 116, § 1, *De legat.* I, suivant cette règle : *Heredi a semetipso legatum dari non potest, a coherede potest.*

42. Supposons deux héritiers, Primus et Secundus, institués pour parts égales, et un legs *per vindicationem* au profit de Stichus, esclave de Primus. Rien ne fait obstacle à la validité de ce legs jusqu'à concurrence de moitié, puisqu'il y a une moitié qui diminue exclusivement la part de Secundus. Réduit à cette mesure, le legs ne porte aucune atteinte à la part héréditaire de Primus, et ne met pas en rapport l'esclave légataire avec son maître héritier. Le même résultat se produira au cas d'un legs *per damnationem*, si le testateur, comme il arrivait quelquefois, avait grevé du legs indistinctement tous les héritiers, en disant : *Quisquis mihi heres damnas esto.* Il se pourrait même que le legs *per damnationem* fût valable en totalité, ce qui aurait lieu dans l'hypothèse où le testateur aurait fait peser ce legs uniquement sur la part héréditaire de Secundus, en léguant *nominatim ab eo.* Les choses se passeront de la même manière que si un legs avait été imposé spécialement à Secundus en faveur de Primus, son cohéritier, ce qui ne constituerait pas un prélegs proprement dit, et n'exposerait Primus à subir aucun retranchement comme légataire.

43. Ecartons cette distinction, à l'aide de laquelle le legs dont nous nous occupons pourra quelquefois être sauvé du moins en partie, et plaçons-nous en présence d'un legs qui serait entièrement nul, parce qu'il serait entièrement à la charge du maître. Comment cette doctrine peut-elle se concilier avec la *personnalité* que le droit romain reconnaît à l'esclave en matière de dispositions testamentaires, notamment en matière de legs? Le texte le plus important à ce sujet est la loi 82, § 2, D. *De legat.* II. Paul y établit très-nettement la théorie suivante : Quand un esclave est gratifié d'un legs, on ne doit, dit-il, s'inquiéter du *dominus* que sur un point, afin de savoir si ce dernier avait la *testamenti factio. Cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini*



persona ad hoc tantum inspicitur ut sit cum eo testamenti factio. Hors de là, c'est la personne de l'esclave qu'il faut considérer : *cæterum ex persona servi consistit legatum.* Julien est cité comme admettant la même règle ; il en concluait que le legs n'était valable qu'autant que l'esclave pourrait en profiter s'il était libre. Peu importe que le maître fût en position de tirer parti du legs ; ce n'est pas lui, c'est l'esclave qui est légataire. La règle avait été, il est vrai, attaquée par certains esprits ; mais Paul la maintient, en faisant justice des critiques dont elle avait été l'objet. Nous trouvons une application frappante de ces principes dans un fragment de Papinien, la loi 5, D. *De servit. leg.* Le jurisconsulte y déclare nul le legs fait à un esclave d'une servitude prédiale au profit du *fundus domini* ; et il explique cette nullité en disant que si l'esclave, pour être apte à un legs, emprunte au maître la *testamenti factio,* néanmoins le legs n'est valable qu'à cette condition que l'esclave, étant libre, se trouverait en mesure de recueillir le bénéfice de la disposition, ce qui, dans l'espèce, serait impossible, parce que la liberté acquise par l'esclave ne lui procurerait pas la propriété du fonds qui doit être dominant [1].

44. La loi 82, § 2, nous fournit une autre conséquence, en sens inverse, de ce point de vue qui consiste à apprécier le legs *ex persona servi.* Le jurisconsulte Valens en avait induit, et Paul approuve cette induction, qu'il était possible de léguer à un esclave ce qui appartenait à son maître, ou ce qui était dû purement et simplement [2] à ce dernier, bien que, dans les deux cas, le legs eût été inutile, s'il se fût adressé au *dominus*, ainsi que

[1] Le paragraphe 56, *Vat. fragm.*, contient la même décision, et met en opposition avec les principes suivis à l'occasion des legs ceux qui gouvernaient les stipulations, pour lesquelles on appliquait au contraire cette règle : *Servus ex persona domini jus stipulandi habet,* Instit., pr. *De stip. serv.* Il faut cependant remarquer que le legs d'une servitude prédiale était valable, quand elle devait s'attacher à un fonds faisant partie du pécule de l'esclave, comme nous l'apprend la loi 17, § 1, D. *De legat.,* III. Le pécule, en effet, constituait pour l'esclave une espèce de patrimoine, qui lui était ordinairement légué quand il était affranchi par testament, et qu'il conservait tacitement, si le maître, en l'affranchissant entre-vifs, ne l'en dépouillait pas.

[2] On doit lire avec Cujas, dans la loi 82 : *pure,* au lieu de : *jure,* correction qui est confirmée par le texte des Basiliques.

l'établissent, pour la première hypothèse, le paragraphe 10, Instit., *De legat.*, et, pour la seconde, le paragraphe 14, *eod. tit.* Mais cette double décision n'est-elle pas en contradiction flagrante avec la règle Catonienne? Si l'on suppose, en effet, comme on doit le faire, que le testateur est décédé aussitôt après avoir testé, le legs ne doit-il pas être déclaré inutile dès l'origine, comme il le sera au cas où le légataire serait resté dans la même position jusqu'au décès, ce que reconnaît M. de Vangerow [1]. Or, la règle Catonienne veut qu'on transporte au moment du décès l'état de choses existant lors du testament; elle supprime l'intervalle entre ces deux époques. Il semble, dès lors, que le résultat doit être le même que si le *dominus* était le légataire; car, advenant la mort immédiate du testateur, le legs se fixerait au profit du *dominus*, l'acquisition ne devant pas s'arrêter un seul instant sur la tête de l'esclave, aux termes de la loi 79, D. *De acq. vel omitt. hered.*

45. Cette difficulté, dont nous avons vainement cherché la solution dans les auteurs, nous apparaît comme très-sérieuse, et nous sommes surpris qu'elle ait échappé jusqu'à ce jour à tous les commentateurs. Nous avouons qu'elle nous a fort embarrassé; aussi n'est-ce pas sans hésiter que nous proposons l'explication suivante.

46. Il nous semble impossible de rendre compte de la validité du legs reconnue par la loi 82, si l'on n'admet pas que les jurisconsultes romains distinguaient ces deux points : 1° appréciation de ce qui est nécessaire pour constituer un legs; 2° détermination de la personne qui profitera du legs.

47. Sur le premier point, la validité *ab initio* du legs fait à un esclave dépendait seulement d'une double condition. D'abord, l'esclave légataire devait appartenir, lors du testament, à un maître jouissant de la *testamenti factio;* en second lieu, l'esclave, s'il eût été libre, devait pouvoir recueillir le legs. Il est évident que, sur ces deux questions, la réponse doit être affirmative, soit qu'on ait légué à un esclave la *res domini*, soit qu'on lui ait légué ce qui est dû purement au maître. Le légataire, nous le supposons, est l'esclave d'un citoyen romain. S'il était libre, il

[1] *Lerb.*, t. II, § 525, obs. 1, n° 4.

serait apte à acquérir ce qui ne lui appartient pas, et rien ne l'empêcherait d'exiger de l'héritier *ex testamento* ce que celui-ci devrait à une autre personne *ex alia causa*, la même chose pouvant être due plusieurs fois à divers créanciers, ce qui constitue des créances distinctes, dont l'une ne se confond pas avec l'autre. Du moment où il y a satisfaction à ces deux conditions, le legs est valable *ab initio*, puisque c'est *ex persona servi* que le legs *consistit*, prend son assiette, si nous pouvons nous servir de cette expression.

48. Quant au deuxième point, c'est-à-dire quant à savoir qui profitera du legs, les jurisconsultes n'y voyaient qu'une question d'avenir, étrangère à l'*initium*, et pour la solution de laquelle il fallait attendre le *dies cedens* effectif. Remarquons que celui qui lègue même purement à un esclave lègue *effectu* à un bénéficiaire qu'il ne peut pas connaître *à priori*, puisque ce sera le maître du jour réel du décès. En droit, il n'y a pas legs à une *persona incerta*, parce qu'il est fait à la personne de l'esclave qui est *certa*. Quant à la personne du maître, elle ne doit entrer en jeu qu'à la mort du testateur. C'est à cette époque que l'acquisition du legs se réalisera pour celui qui se trouvera alors propriétaire du *servus*. Le maître n'acquiert d'ailleurs que de seconde main, d'une manière consécutive. Ce qui est acquis, en effet, par un esclave passe par celui-ci avant d'arriver au maître, à tel point que le bénéfice d'une stipulation ne va pas quelquefois, quant à l'exercice du droit, plus loin que la personne de l'esclave qui a interrogé, par exemple, quand il s'agit d'un fait, (*omni modo persona stipulantis continetur*, Inst., § 2, *De stip. serv.*), parce que, aux yeux des Romains, il y avait là un droit qui n'était pas susceptible de se transmettre, (*quæ facti sunt non transeunt ad dominum*, l. 44, pr. *De cond. et dem.*). Il était, par conséquent, assez naturel de ne point s'inquiéter du bénéficiaire définitif, avant l'époque où cet individu indéterminé jusqu'alors pouvait être connu.

49. Sans doute, en raisonnant de la sorte, les jurisconsultes ne s'étaient pas montrés scrupuleux observateurs de la règle Catonienne, qui, appliquée rigoureusement, aurait dû conduire à un tout autre résultat. Mais, nous l'avons déjà fait observer, la rédaction de cette règle était mal conçue. Pour faire remonter au jour du testament l'*initium* d'un legs pur et simple, *initium*

qui doit être exempt de vice, Caton s'était servi d'une formule qui allait au-delà du but. L'interprétation des grands jurisconsultes dut donc réagir contre la lettre de la règle, pour ne s'attacher qu'à son esprit. De même que nous avons vu, à l'occasion des institutions d'héritier, les Proculéiens séparer les éléments de l'*initium* de ce qui lui était étranger, de même, pour les legs, Papinien et Paul s'efforçaient de dégager ce qui leur semblait constitutif de l'*initium*. Tout en respectant la forme de la règle Catonienne consacrée par la tradition, ces jurisconsultes établissaient en réalité, à côté de cette règle, une théorie qui s'en écartait, quand ils disaient : Le legs fait à un esclave est bon, si le maître, au jour du testament, a la *testamenti factio,* et si l'esclave, supposé libre, est apte à recueillir. Ils n'exigent rien de plus pour la validité originaire du legs ; ils excluent positivement la considération du maître sous tous les autres rapports. Or, c'est évidemment considérer le maître sous un autre point de vue que d'exiger *ab initio* que le maître soit capable d'acquérir le legs. Qu'importe à ce moment l'incapacité du maître, puisque le legs *consistit ex persona servi*, et non *ex persona domini?* Tant que le testateur vit, l'esclave, changeant de condition, emporte avec lui le legs, ce qui prouve qu'il n'est pas encore attaché au maître ; c'est seulement quand il sera cas de s'occuper de l'acquisition du legs, que commence à apparaître l'influence du *dominus*. C'est alors que le legs se détache de l'esclave pour entrer dans le patrimoine du maître. Si les choses sont telles que cette transition soit impossible, le legs n'aboutira pas ; il aura, au contraire, son effet, si, à ce moment, l'acquisition du bénéfice du legs peut se réaliser [1].

50. L'explication que nous venons de développer n'est-elle point contrariée par la nullité admise *à priori*, quand il s'agit du legs pur fait à l'esclave de l'institué ? Ne peut-on pas dire qu'ici se rencontrent également les éléments dont nous nous con-

[1] Le lien intime qui rattache le legs à la personne de l'esclave légataire n'était même pas nécessairement brisé par la survenance du *dies cedens*. Julien, l. 10, D. *De opt. leg.*, décide que si, postérieurement au *dies cedens*, le maître de l'esclave gratifié d'un legs affranchit cet esclave, et qu'en outre il répudie le legs auquel il avait un droit acquis, l'affranchi pourra réclamer à son profit l'exécution du legs.



tentons pour la validité du legs dans son *initium?* L'esclave appartient à un maître jouissant de la *testamenti factio,* puisqu'il est institué héritier. D'un autre côté, si le légataire était libre, il pourrait profiter du legs. Quant à la question d'acquisition, elle ne doit se présenter que plus tard, lors du *dies cedens.* Il faudrait donc, semble-t-il, attendre cette époque, si notre système était vrai, et déclarer que ce legs, valable dans l'origine, restera tel, pourvu qu'à la mort du testateur la position du légataire soit telle qu'il n'y ait pas d'obstacle à l'acquisition du legs.

51. Cette objection nous avait paru d'abord devoir être résolue, en ce sens qu'il y aurait de la part du légataire absence de *testamenti factio.* Nous pensions que, pour l'esclave de l'institué, la *testamenti factio* émanant du maître, et celle-ci étant employée dans l'intérêt du maître pour le rendre apte à être héritier, il impliquait contradiction qu'il la cédât à son esclave dans le but de diminuer l'acquisition que lui procure cette *testamenti factio,* ce qui serait en opposition avec la règle d'après laquelle un esclave ne saurait rendre pire la condition du maître. Mais nous avons dû, après réflexion, abandonner ce point de vue. Si la nullité du legs tenait, en effet, au défaut de *testamenti factio,* il n'y aurait pas à distinguer entre le legs pur et simple et le legs conditionnel, ce dernier exigeant, tout aussi bien que le premier, la *testamenti factio* chez le gratifié à l'époque de la confection du testament. On devrait renoncer à sauver aussi le legs conditionnel, tandis que dans l'opinion, du moins des Sabiniens, qui a prévalu, il était considéré comme pouvant être efficace. Nous croyons, par conséquent, qu'il ne faut pas dénier la *testamenti factio* à l'esclave de l'héritier, mais se borner à dire qu'elle est paralysée et condamnée à l'inertie toutes les fois qu'elle ne peut se développer qu'au détriment du maître. On conçoit facilement qu'un legs conditionnel soit valable, quand l'esclave de l'institué a changé de position lors de l'événement de la condition, la *testamenti factio* du légataire se trouvant dégagée de ses entraves avant que le legs ne produise aucun effet. Pourquoi n'en est-il pas de même à l'égard du legs pur et simple, si ce dégagement s'est déjà produit à la mort du testateur? Pourquoi ne pas attendre toujours le moment de l'acquisition, comme on le fait au cas où l'esclave est légataire de la *res domini?*

52. La réponse à cette question doit se tirer, à notre gré, des

exigences particulières à l'*initium*. Nous savons que, pour un legs pur et simple, l'*initium* est contemporain de la confection du testament, et que c'est là ce qu'avait pour but d'exprimer la règle Catonienne, qui, malheureusement, était rédigée d'une manière trop générale. Or, pour qu'un legs puisse s'asseoir (*consistere*), il est indispensable qu'il mette en rapport, comme ayant des intérêts opposés, deux personnes dont l'une ne soit pas sous la puissance de l'autre. Sans cela, il est impossible de songer à un legs. L'indépendance de position entre le grevé et le gratifié est une des conditions de l'*initium* d'un legs ; c'est celle qui fait défaut dans l'espèce. Sans doute nous avons vu précédemment que, pour concevoir un legs au profit d'un esclave, il n'y avait que deux points à examiner : 1° le maître a-t-il *testamenti factio?* 2° l'esclave pourrait-il prendre, s'il était libre ? Cela est vrai, quand il s'agit d'un *servus alienus*, expression formellement employée dans la loi 82. Or, l'esclave de l'héritier n'est pas celui que les Romains appellent *alienus*[1]. Aux deux conditions signalées dans la loi 82, il faut ajouter, pour constituer l'*initium*, une séparation, quant aux patrimoines, entre l'héritier et le légataire. Paul n'avait pas besoin d'exprimer cette condition, parce qu'il parlait d'un *servus alienus*. Lorsqu'il s'agit, au contraire, de l'esclave de l'héritier, l'absence de cette dernière condition, également constitutive de l'*initium*, est ce qui fait obstacle à la validité du legs[2]. C'est donc avec raison que les jurisconsultes fondent la nullité du legs sur la règle Catonienne, dont l'effet est de faire remonter l'*initium* du legs pur et simple jusqu'au jour du testament. Si le legs conditionnel au profit de l'esclave de l'héri-

[1] Les Institutes, § 4, *De legat.*, quand elles indiquent ce qui peut être l'objet d'un legs, opposent les *res heredis* aux *res alienæ*. Les règles n'étaient point les mêmes dans les deux cas. La validité du legs portant sur la *res heredis*, à la différence du legs d'une *res aliena*, ne dépendait pas de cette circonstance, que le testateur fût bien instruit de son défaut de propriété. Voir l. 67, § 8, D. *De legat.* II.

[2] Le legs fait à l'esclave de l'institué étant nul *ab initio*, il était du nombre de ceux qu'on disait *pro non scriptis* ; il n'était pas gouverné par les règles du *jus caduca vindicandi*. Si l'on suppose un legs de la *res domini* au profit de l'esclave du *dominus*, et que le légataire se trouve encore, à la mort du testateur, sous la puissance du même maître, le legs, qui était valable à l'origine, viendra à défaillir, et appartiendra à ceux qui étaient fondés à bénéficier des dispositions *caduques*.

tier peut être bon, cela tient à ce que l'*initium* du legs ne date alors que du jour où la condition s'accomplit; *quia in hujus modi legatis* (dit Paul, l. 98, D. *De cond. et dem.*) *non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet*. On n'a pas suivi l'opinion des Proculéiens, qui faisaient découler un *debere* de l'existence d'un legs conditionnel, et qui, par suite, annulaient le legs sous condition de même que le legs pur et simple. La mort immédiate du testateur eût amené à leurs yeux un rapport de créancier et débiteur entre l'esclave et le maître, rapport impossible en droit.

53. Nous avons déjà fait observer que, dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire quand l'esclave était institué et que le maître était légataire pur et simple, les jurisconsultes étaient d'accord pour admettre la validité du legs originairement, sauf à le laisser s'évanouir, si le légataire devenait héritier par son esclave. Cette décision n'offre rien de contradictoire avec celle qui était suivie pour le cas où les rôles étaient répartis de la façon contraire. Sans doute, si le testateur fût mort incontinent, ce qu'il faut supposer, puisqu'il s'agit d'un legs pur et simple, le bénéfice de la disposition se serait fixé sur la tête du maître. Toutefois, ce légataire ne devait pas nécessairement rencontrer pour héritier son propre esclave à raison des principes qui régissent l'acquisition des hérédités laissées à des esclaves. Il est vrai qu'un esclave est valablement institué, pourvu qu'il ait un maître jouissant de la *testamenti factio*, et que c'est lui personnellement qui doit faire adition. Néanmoins, l'esclave par lui-même n'est point apte à être investi de l'hérédité. Celle-ci reste jacente tant qu'elle ne trouve que la personne de l'esclave, et qu'il n'y a point, à côté de lui, un maître voulant et pouvant jouer le rôle d'héritier. Le droit à l'hérédité est bien supporté par l'esclave; il l'accompagne dans ses changements de condition. Mais ce droit ne prend vie, en quelque sorte, et ne se met en action qu'au profit d'un citoyen romain, seul sujet capable d'être héritier. C'est le *jussus domini* qui fait apparaître véritablement un héritier; et par l'effet de ce *jussus*, celui qui le donne est considéré comme ayant été lui-même institué. Quant au maître, qui perd la propriété de l'esclave avant l'adition, il a toujours été étranger au titre d'héritier; la règle Catonienne ne fait point obstacle, par conséquent, à un legs pur et simple au profit du maître au jour

du testament, puisqu'on conçoit très-bien les qualités de légataire et d'héritier comme pouvant se fixer sur des personnes indépendantes l'une de l'autre, même dans le cas où la mort du testateur suivrait immédiatement l'achèvement du testament. L'*hereditas*, en effet, est-il dit aux Institutes, § 33, *De legat.*, se trouverait *separata a legato*, au moyen d'une aliénation ou d'un affranchissement antérieur à l'adition, ce qui rendrait le legs utile, (*quibus casibus utile est legatum*).

54. Une dernière observation nous reste à faire, en ce qui concerne le legs laissé à l'esclave de l'institué. On sait que, pour la validité de ce legs, la jurisprudence romaine distinguait entre la disposition pure et simple et celle qui était conditionnelle. Cette distinction, si elle avait été observée rigoureusement, eût amené cette conséquence, qu'un legs inutile, parce qu'il a été laissé purement à l'esclave de l'héritier, se serait trouvé transformé en un legs valable, dans le cas où, soit par une disposition nouvelle contenue au testament, soit dans un codicille postérieur [1], le legs aurait été révoqué sous condition. On disait, en effet, que l'*ademtio sub conditione*, appliquée à un legs pur, devait faire envisager les choses comme si le legs eût été fait sous une condition contraire à celle de la révocation (voir l. 10, pr. D. *De adim. legat.*, l. 6, pr. D. *Quand. dies legat.*) Dans notre espèce, ce point de vue devait être repoussé, parce qu'il paraissait choquant qu'une *ademtio* eût pour résultat d'améliorer la position du légataire. Telle est la décision formulée dans la loi 14, pr. D. *De adim. legat.*, et justifiée en ces termes : *Ademtio autem quo minus, non quo magis legatum debeatur, intervenit.* — Cette doctrine ne doit-elle pas être restreinte au cas où le testateur aurait agi *animo adimendi*, en vue de diminuer les chances du légataire ? Il nous semblerait bien sévère de l'admettre également quand la pensée du testateur a été simplement de rectifier une disposition dont la nullité lui apparaît sous la forme qu'il lui a donnée d'abord, et qu'il la modifie dans l'intention de faire quelque chose d'utile. Il s'est borné, par exemple, à dire que ce qu'il avait laissé purement à l'esclave de l'héritier, il le lui laissait sous condition.

[1] Peu importe l'intervalle écoulé entre le testament et le codicille. Ce dernier se confond avec le testament et doit être censé écrit en même temps que lui, suivant la loi 2, § 2, D. *De jur. codic.*

L'idée d'une *ademtio*, avec ses conséquences logiques, n'est pas celle qui doit prévaloir. Le disposant a plutôt voulu rendre valable ce qui ne l'était pas. Faudra-t-il encore annuler le legs, parce qu'il aura été d'abord énoncé purement et simplement?

55. Nous devons maintenant étudier une dernière application de la règle Catonienne, en examinant le rôle qu'elle joue, quand il s'agit du legs que le testateur laisse à son propre esclave. Un pareil legs était possible dans deux circonstances : 1° si le testateur donnait la liberté à l'esclave qu'il gratifiait d'un legs; 2° s'il léguait à un tiers l'esclave au profit duquel il faisait un legs. En dehors de l'une ou de l'autre de ces circonstances, le legs était nul, puisque l'esclave restait *in hereditate*, et devait ainsi acquérir le legs pour l'hérédité.

Première hypothèse. — *Legs à un esclave affranchi.*

56. Les Romains n'admettaient pas que le maître pût léguer à l'un de ses esclaves sans l'affranchir [1]. La règle est posée dans divers textes d'une manière absolue, sans qu'il y ait de distinction entre le legs conditionnel et le legs pur et simple. Le legs, fût-il conditionnel, ce serait à la fois donner et retenir, puisque le testateur conserve la propriété de l'esclave; ce serait, après la mort du disposant, placer le legs *in arbitrio heredis*. Aussi la loi 4, C. *De legat.*, porte-t-elle : *Servis testamento dominorum non data libertate, legatum seu fideicommissum relictum non valet* [2]. La nullité du legs non accompagné de l'affranchissement est également écrite en termes généraux dans les lois 76, D. *De her. instit.*, et 102, *De legat.*, I. Le legs, se trouvant alors nul *ab initio*, il n'est pas susceptible de confirmation à raison d'un changement survenu dans la condition de l'esclave, obser-

[1] Il faut excepter le cas, dont nous nous occuperons tout à l'heure, où l'esclave légataire serait lui-même l'objet d'un legs.

[2] Notons que Justinien, tout en laissant l'esclave auquel le maître a légué sans l'affranchir sous le pouvoir de l'héritier, trouve le moyen de concilier la durée de l'esclavage avec l'obligation imposée à l'héritier d'exécuter le legs au profit de son esclave. Cette idée, consacrée par la loi 5, § 2, C. *De necess. serv.*, serait entrée difficilement dans l'esprit des anciens jurisconsultes.

vation consignée formellement dans la suite de la loi 4 déjà citée ; et la loi 102 fait une application du même principe. Il y est question d'un esclave affranchi par un mineur de vingt ans, *causa non probata*. L'affranchissement est sans valeur ; plus tard, l'esclave est aliéné, et obtient régulièrement la liberté. Néanmoins il n'aura pas droit au legs qui lui aurait été laissé par le mineur, qui n'a pas réussi à lui donner la liberté.

57. Quand le testateur avait eu la précaution d'affranchir l'esclave qu'il gratifiait d'un legs, il avait fallu, pour rendre efficace le legs pur et simple, s'écarter de la règle ordinaire relative au *dies cedens*. Au lieu de le placer, suivant l'usage, au jour de la mort du testateur, on le reculait jusqu'à l'adition de l'hérédité. Le motif de cette déviation est indiqué par Ulpien, l. 7, § 6, et l. 8, D. *Quand. dies legat.* Le légataire, ne devenant libre qu'au moment de l'adition, n'aurait pu acquérir le legs, si le *dies cedens* eût été contemporain du décès. Le legs aurait été nul et acquis à l'*hereditas*, à laquelle appartient jusqu'à l'adition l'esclave affranchi même directement par testament.

58. Si l'affranchissement était exigé pour la validité du legs fait par le testateur en faveur de son esclave, il n'était pas indispensable que l'affranchissement fût pur et simple ; il pouvait n'être que conditionnel. Seulement, il y avait alors une chance de nullité du legs, comme le fait observer Ulpien, *dict. l.* 8, *in fine.* Sa validité dépendait du point de savoir si la condition mise à l'affranchissement s'accomplirait antérieurement à l'adition. Cette adition venait-elle à se réaliser à une époque où le légataire était encore esclave, le titulaire du legs se trouvait incapable de l'acquérir au moment du *dies cedens*. Aussi Julien, l. 91, § 1, D. *De legat.* I, après avoir dit que l'esclave, auquel la liberté est donnée *præsenti die*, peut recevoir de son maître un legs pur et simple ou conditionnel, établit-il une distinction quant à l'efficacité du legs pur et simple, si le légataire n'est affranchi que sous condition. Dans le cas où la condition mise à la liberté est de nature à pouvoir s'accomplir après la mort du testateur, *avant* l'adition (l'esclave doit compter dix à un tiers, à Titius, ou monter au Capitole), la volonté du testateur est facile à exécuter *ante aditam hereditatem*, le legs sera valable ; la liberté et le legs arriveront à la fois à l'esclave au moment de l'adition. Dans le cas, au contraire, où la condition de la liberté

n'est réalisable que postérieurement à l'adition (c'est à l'héritier même qu'une somme doit être payée, c'est après l'adition que le légataire devra monter au Capitole pour devenir libre), le legs est inutile, son *dies cedens* précédant l'instant où l'affranchissement produira son effet. Mais cette distinction, ajoute Julien, serait inapplicable, si l'institué était un héritier nécessaire ; il faudrait alors se prononcer absolument pour la nullité du legs.

59. C'est précisément la règle Catonienne qui commande cette décision, comme le fait remarquer Mæcianus dans la loi 86, D. *De cond. et dem.*, où il signale l'influence exercée par cette règle sur la validité du legs laissé purement à l'esclave affranchi sous condition : *Cum vero libertas sub conditione, legatum autem præsenti die datum est, in hoc questio est an constiterit legatum? Etenim nec Catonianæ sententiæ locum in proposito esse, quia etsi statim testator decessisset, non tamen omnimodo inutile esset legatum, cum posset conditio libertatis ante aditam hereditatem impleri, et legatum manumisso deberi : nisi forte necessarius heres extitisset : tunc enim omnimodo inutile erit legatum jure ipso, quia sub conditione acceperit libertatem.* Toutes les fois, en effet, que l'héritier est volontaire, et que par suite une adition est exigée pour l'acquisition de l'hérédité, le legs même pur et simple laissé à l'esclave du testateur échappe à la règle Catonienne, parce que le *dies cedens* se sépare du moment du décès pour être retardé jusqu'à l'adition. Cet intervalle entre le décès et l'adition, qui écarte la règle Catonienne, et laisse de la marge pour ménager au cas de mort immédiate la validité du legs, cet intervalle disparaît, quand le testateur a institué un *heres necessarius*. On se trouve alors en présence d'un legs dont le *dies cedens* arriverait aussitôt la mort du testateur, puisqu'il n'y aurait pas lieu à une adition, et que l'hérédité serait sur-le-champ acquise à l'institué. Le legs doit donc être régi rigoureusement par la règle Catonienne : il serait nul, si le testateur mourait de suite ; il ne peut pas *tractu temporis convalescere*[1].

[1] Dans la première partie de la loi 86, Mæcianus veut dire qu'en général on devra établir un lien entre la liberté conditionnelle et le legs, quand même le testateur n'aurait pas exprimé ce rapport. C'est un moyen de sauver le legs, toutes les fois que la volonté du testateur n'est pas contraire à cette supposition, à l'aide de laquelle un autre jurisconsulte, Callistrate,

60. Du reste, comme la nullité du legs tient à l'existence d'un héritier nécessaire, tandis que le legs serait valable au regard d'un héritier volontaire, il faut circonscrire cette nullité dans les limites où opère le motif qui le produit. De même que l'inutilité du legs pur fait à l'esclave de l'institué ne dépasse point, comme nous l'avons vu plus haut, ce qui grève la portion héréditaire du maître, de même, si le legs pur laissé à l'esclave affranchi sous condition ne pèse pas exclusivement sur un *heres necessarius*, parce qu'il existe à côté de lui un *heres extraneus*, le legs pourra être valable en ce qui concerne ce dernier héritier, pourvu que la condition de l'affranchissement s'accomplisse avant l'adition faite par celui-ci. Remarquons, en effet, que Julien, dans la loi 91, quand il déclare le legs inutile, suppose formellement cette circonstance, que l'héritier nécessaire est *ex asse scriptus*.

61. Nous avons vu que la validité du legs pur au profit de l'esclave du testateur dépendait d'un affranchissement au moins conditionnel. Que devra-t-on décider au cas où le testament contiendrait un legs qui ne serait accompagné d'aucun affranchissement, si plus tard, par un codicille, la liberté est conférée au légataire? Appliquera-t-on alors la règle Catonienne, qui semble exiger la nullité? La question est prévue, et résolue négativement dans la loi 8, § 5, D. *De jur. codic.*, et Paul, auteur de ce texte, motive la validité du legs, en disant : *Utile legatum esse dicemus : quasi ab initio constiterit legatum*. Cette manière d'envisager le legs tient à une fiction, en vertu de laquelle les dispositions écrites dans un codicille étaient réputées écrites dans le testament même, fiction énoncée dans la loi 2, § 2, *eod. tit.* : *Codicillorum jus singulare est, ut, quæcumque in his scribentur, perinde haberentur ac si in testamento scripta essent*. Grâce à cette fiction, qui identifie l'époque de la confection du codicille et celle

dans la loi 82, D. *De cond. et dem.*, maintient un legs fait à un esclave affranchi sous condition. Les choses doivent, en principe, être traitées comme si ce lien existait; on le sous-entendra pour faire coïncider le *dies* du legs avec celui de l'acquisition de la liberté : *veluti cum in tempore libertatis legatum collatum esset*. Cependant, ajoute Mæcianus, cet expédient n'est pas possible si, à côté d'un affranchissement conditionnel, le legs est fait expressément *præsenti die*; il faudra alors suivre la distinction développée dans la fin du texte.

du testament, la règle Catonienne se trouve satisfaite ; et on peut dire que le legs *ab initio constitit*[1].

62. La fiction qui servait à rendre valable, au moyen d'une disposition codicillaire, un legs qui eût été nul en n'envisageant que le testament, ne pouvait avoir pour effet de modifier une institution d'héritier, et transformer en pure et simple celle qui était d'abord conditionnelle, bien que l'on eût dû arriver à ce résultat en incorporant le codicille au testament. On sait que, quand un esclave institué purement par son maître n'a été affranchi que sous condition, cette condition rejaillit sur l'institution, l'esclave ne pouvant être héritier de son maître qu'autant qu'il est libre : *Differtur institutio in id tempus quo libertas data est*, dit la loi 3, § 1, D. *De her. instit.* En vain un codicille viendrait-il plus tard conférer purement la liberté à l'esclave, l'institution n'en restera pas moins conditionnelle. C'est ce qu'enseigne Julien, l. 38, § 1, *eod. tit.* Un esclave est institué purement, mais affranchi seulement sous la condition de payer dix dans tel délai. Survient un codicille qui lui donne la liberté purement ; néanmoins il ne sera héritier qu'autant qu'il satisfera à ce qui est exigé par le testament. La liberté testamentaire ayant été subordonnée à une condition, l'institution y était également subordonnée. Si le codicille est impuissant à changer l'état des choses réglé par le testament au point de vue de l'institution, cela tient à cette règle du droit romain, suivant laquelle un codicille n'a pas la vertu de faire une institution, ni de la modifier.

[1] Julien (l. 2, § 2), après avoir exposé la fiction dans les termes que nous avons cités, fait une application de ce principe, en déclarant valable l'affranchissement contenu dans un codicille à l'égard d'un esclave qui appartenait au testateur lors du testament, mais non au moment du codicille; il sous-entend que la propriété est revenue au disposant, et qu'il l'avait encore à son décès. La liberté, au contraire, ne vaudrait que par fidéicommis, si la propriété faisait défaut à l'époque du testament, bien qu'elle existât à l'époque du codicille. Nous n'hésitons pas à admettre avec Cujas, Favre, Pothier, etc., qu'il faut effacer le *non* que porte le manuscrit de Florence.— La fiction était cependant écartée quand il s'agissait d'apprécier une condition de fait : *in illis quæ non juris, sed facti sunt*, dit la loi 7, § 1. C'est pourquoi Julien, l. 2, pr., reconnaît valable le fidéicommis laissé par un codicille à celui qui était né lors du codicille, mais qui ne l'était pas lors du testament. Le bénéficiaire n'est pas considéré comme un posthume externe; le motif en est celui-ci : *tempus codicillorum, non quo tempore fit testamentum spectandum*, dict. l. 7, § 1.

63. Remarquons enfin que, si l'affranchissement est nécessaire pour la validité *ab initio* du legs fait par un maître à son esclave, cette circonstance devient inutile quand une fois l'esclave est affranchi entre-vifs ou aliéné. Le legs n'en subsistera pas moins au profit de l'affranchi ou du nouveau maître de l'esclave, lors même que la condition mise à l'affranchissement viendrait à défaillir. Toutefois le legs ne sera valable qu'autant qu'il n'aurait pas déjà été frappé de nullité par la défaillance de la condition survenue tandis que le légataire était encore au pouvoir du testateur. Tant qu'il reste *servus proprius testatoris*, la validité du legs est subordonnée à la dation de la liberté au moins en expectative. La liberté fait-elle défaut à une époque où le légataire n'est pas sorti de la puissance du testateur, le legs s'évanouit, *ad irritum recidit*, disent les Romains. Il se trouve réduit *ad eum casum a quo incipere non poterat* : c'est comme s'il était nul dès l'origine, et il ne saurait désormais profiter à personne. Telle est la doctrine qui ressort de la loi 38, § 4, D. *De her. instit.*

Deuxième hypothèse. — *Legs fait à un esclave qui lui-même est légué.*

64. Dans cette hypothèse encore, pour rendre efficace le legs pur et simple, il avait fallu en reculer le *dies cedens* jusqu'au jour de l'adition de l'hérédité. Le légataire de l'esclave ne devenant, en effet, propriétaire de l'esclave qui lui est légué qu'au jour de l'adition, c'était seulement à cette époque qu'il était en mesure d'acquérir par cet esclave, de telle sorte que, si le *dies cedens* du legs laissé purement à l'esclave légué eût été fixé au moment de la mort du testateur, ce dernier legs aurait profité à l'hérédité, qui se trouve jusqu'à l'adition *domina servi* [1], et aurait été par conséquent inutile. La validité du legs, grâce à ce retard apporté au *dies cedens*, est expliquée par Julien dans la

[1] En supposant qu'un esclave légué fût gratifié par un tiers d'un legs pur et simple, le *dies cedens* de ce legs aurait lieu suivant la règle ordinaire. Le bénéfice en serait acquis à l'hérédité jacente, et non au légataire de l'esclave, dans le cas où le *dies cedens* serait antérieur à l'adition de l'hérédité dont dépend l'esclave légué. Voir l. 91, § 6, D. *De legat.* I, et l. 38, D. *De legat.* II.



loi 69, pr. D. *De legat.* I : *Servo legato legari posse receptum est : quod adita hereditate statim servus adquiritur legatario, deinde sequetur legatum*. Le même jurisconsulte (l. 17, D. *Quand. dies leg.*) fait observer qu'ici, pour le même motif, la règle Catonienne ne fait pas obstacle au legs : *Quia etsi confestim paterfamilias moreretur, non in ejusdem personam et emolumentum legati et obligatio juris concurreret*. Dans ce cas, comme dans le précédent, il est vrai de dire avec Ulpien (l. 7, § 6, D. *Quand. dies leg.*) : *Interdum aditio heredis legatis moram facit : ut puta si forte servo manumisso, vel si*[1] *cui servus legatus est, et ideo servo aliquid legatum sit; nam servo legati relicti ante aditam hereditatem dies non cedit.*

65. Le legs secondaire (*legatum sequens*, disaient les Romains), c'est-à-dire le legs laissé à l'esclave légué, est donc valable, parce qu'il peut être acquis par un tiers, par le légataire principal, c'est-à-dire par le légataire de l'esclave. Ce legs principal, à l'aide duquel peut subsister le legs secondaire, n'est-il par hasard que conditionnel, il faudra alors user de la distinction que nous avons établie précédemment à l'occasion de l'affranchissement conditionnel accompagnant un legs fait par le testateur à son esclave. Nous avons vu que ce legs n'avait d'effet qu'autant que la condition mise à l'affranchissement s'accomplissait avant l'adition. De même ici la condition du legs principal devra s'accomplir antérieurement à l'adition, pour qu'il y ait moyen de déclarer utile le legs fait à l'esclave légué. Nous avons vu également que cette distinction n'était pas possible, alors qu'il y avait institution d'un *heres necessarius*. Une restriction analogue est encore ici commandée par les principes. L'existence d'un *heres necessarius* supprime effectivement tout intervalle entre la mort et l'acquisition de l'hérédité, qui s'opère alors *ipso jure*, indépendamment d'une adition à laquelle on ne peut pas penser. Par suite, au lieu d'un legs avec *dies cedens* postérieur au décès, nous avons un legs dont le *dies cedens* est contemporain du décès. Le legs pur laissé à l'esclave du testateur équipolle à un legs pur ordinaire. La règle Catonienne exige donc qu'on le déclare nul, puisque, au cas de mort immédiate du disposant, le *dies cedens* du legs laissé à l'esclave trouverait cet esclave sous la puissance

[1] Nous adoptons la correction de Cujas, qui substitue le mot *si* à *ei*, que portent tous les manuscrits.

de l'héritier, quand cet esclave légataire n'a été légué que conditionnellement.

66. Telle est la doctrine que consacre explicitement un texte fort intéressant de Paul, la loi 13, pr. D. *De opt. vel elect. legat.* Voici l'espèce prévue par ce jurisconsulte. Un testateur a légué à quelqu'un (à Titius, par exemple) l'option d'un esclave; et en outre il a légué quelque chose à l'un de ces esclaves, à Stichus, mais sans l'affranchir: *Si optio servi data mihi fuerit, et Sticho aliquid sine libertate legasset.* Du temps des jurisconsultes, le *legatum optionis* avait un caractère conditionnel. Non-seulement l'option ne pouvait avoir lieu que *post aditam hereditatem* (l. 16, *dict. tit.*), mais, de plus, la faculté d'opter devait être exercée personnellement par le légataire, qui ne transmettait pas ce droit à ses héritiers (§ 23, Inst. *De legat.*).—Est-il possible que le *legatum sequens*, le legs laissé à Stichus, soit valable? Oui, répond Paul, pourvu qu'avant le *dies cedens* de ce legs, c'est-à-dire avant l'adition d'hérédité, le *legatum optionis*, le legs fait à Titius, ait cessé d'être conditionnel, et se soit transformé en un legs portant simplement sur Stichus, ce qui arrivera, si, antérieurement à l'adition, la *familia* du testateur, l'ensemble de ses esclaves s'est réduit à un seul qui est précisément Stichus. *Tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est Stichum, reciderit; ut quasi pure legato utiliter sit legatum.* On ne peut pas, fait observer le jurisconsulte, objecter que la règle Catonienne est contraire à cette décision, du moins toutes les fois que l'héritier institué est *voluntarius. Nec adversatur Catoniana, si voluntarius heres institutus sit; quia potest ante aditam hereditatem, etiamsi statim decesserit, familia minui;* car alors le legs laissé à Stichus échappe à la règle Catonienne, son *dies cedens* n'étant pas antérieur à l'adition. Peu importe que le legs ne dût pas avoir d'effet en cas de mort immédiate. On doit attendre le *dies cedens* pour se prononcer sur le mérite du legs. Il suffit qu'au moment de l'adition le legs fait à Titius soit devenu pur et simple; les choses seront traitées comme si Titius était légataire déterminément de Stichus. La règle Catonienne, au contraire, empêcherait ce résultat de se produire, malgré la réduction à Stichus seul de la *familia* du testateur lors de sa mort, si l'on suppose qu'il y avait institution d'un *heres necessarius.* Dans ce cas, il n'y a plus de marge entre la mort du

testateur qu'on doit supposer immédiate et le *dies cedens* du legs fait à Stichus. Ce legs eût été inutile, si le testateur fût mort de suite : il doit rester tel. *Quod si necessarius heres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est.*

67. Quelques auteurs[1] ont pensé que la loi 13 n'était plus en harmonie avec le droit de Justinien, depuis la réforme opérée par la loi 3, C. *Comm. de legat.*, suivant laquelle le *legatum optionis* est devenu un legs pur et simple, dont le bénéfice passe aux héritiers, pourvu que le légataire ait survécu au testateur, et bien qu'il soit décédé sans avoir réalisé l'option qui lui était concédée. Désormais, a-t-on dit, le *legatum optionis* n'étant plus conditionnel, le légataire d'option devrait toujours profiter du *legatum sequens*, puisque le *dies cedens* du legs principal a lieu *mortis testatoris tempore*, et coïncide, même au cas d'un *heres necessarius*, avec le *dies cedens* du legs laissé à l'esclave. Cette opinion nous semble devoir être repoussée, comme le fait justement observer M. Arndts[2]. Le changement effectué par Justinien ne saurait influer sur la question de validité du *legatum sequens*. Sans doute le *legatum optionis* n'est plus conditionnel ; il n'est plus subordonné au choix personnel du légataire, et il a son *dies cedens* dès le jour du décès du testateur. Tout ce qui en résulte, c'est qu'il ne s'éteindra pas par la mort du légataire qui n'aurait pas opté de son vivant. Mais prenons garde que, si le *legatum optionis* est devenu pur, si son *dies cedens* est avancé jusqu'à la mort du testateur, il ne s'ensuit nullement que dès cet instant le légataire *optionis* aie la propriété d'un esclave du testateur, pas plus qu'il ne l'aurait déjà si un esclave déterminé lui avait été légué. La propriété de la chose léguée ne passe jamais au légataire *ante aditam hereditatem*. S'il est légataire d'un corps certain, d'une *species* dépendant de l'hérédité, la propriété sera, il est vrai, pour lui contemporaine de l'adition, au cas d'un *heres voluntarius*, et de la mort du testateur, au cas d'un *heres necessarius*. Mais quand la chose léguée n'est pas déterminée, quand elle ne peut l'être que par un choix qui exige une manifestation de volonté de la part du légataire, la propriété ne peut être acquise que *post aditam hereditatem*. Si donc le droit du

[1] Voir Harnier, *De regula Catoniana*, § 31.
[2] P. 228.

légataire ne s'est pas fixé par la force des choses antérieurement à l'adition sur l'esclave légataire, à raison de ce qu'il était le seul qui se trouvât *in hereditate*, le légataire d'option ne sera propriétaire de Stichus, et capable d'acquérir par lui qu'après l'adition, c'est-à-dire à un moment où déjà le *dies cedens* du legs fait à Stichus se sera réalisé, et où ce legs se sera évanoui. Aussi est-ce avec raison que les compilateurs des Pandectes ont conservé des textes qui décident que, toutes les fois qu'il y a une option exercée, le légataire de l'option ne peut prétendre au legs laissé à l'esclave qu'il a opté. Voir en ce sens les lois 11 et 15, *De opt. vel elect. legat.*

68. Nous avons constaté que les règles du droit romain étaient les mêmes, quand il s'agit d'apprécier la validité du legs laissé à l'esclave du testateur, soit qu'il y ait affranchissement du légataire, soit que l'esclave légataire fût lui-même l'objet d'un legs. Cette uniformité se rencontre également en ce qui concerne l'efficacité de l'*ademtio* dont serait frappé l'un ou l'autre de ces legs, à une époque où le légataire serait sorti de la puissance du testateur. Les lois 26 et 27, D. *De adim. legat.*, prévoient cette double hypothèse, et résolvent la question par une distinction entre le cas où la puissance aurait été perdue par l'effet d'une aliénation, et celui où elle l'aurait été à raison d'un affranchissement entre-vifs.

69. La loi 26 [1] s'occupe du legs avec affranchissement. Suivant le *principium* de cette loi, si l'esclave affranchi et gratifié d'un legs est aliéné par le testateur, et qu'ensuite une *ademtio libertatis* survienne dans un codicille, la révocation est valable, bien qu'au premier abord une *ademtio libertatis* paraisse chose inutile à l'égard de l'esclave d'autrui. Ce point de vue n'est pas exact, dit le jurisconsulte; car l'esclave aliéné pourrait redevenir l'esclave du testateur. *Constitit enim ademtio, quia possit redimi.* Voici comment on doit paraphraser ces quelques mots. La liberté conférée dans le testament en même temps que le legs n'était pas irrévocablement perdue par suite de l'aliénation. Que l'esclave rentre dans le patrimoine du testateur, la

[1] Cujas, *Comment. in lib. IX, Quæst. Pauli ad h. l.* qualifie cette loi de *difficilis et subtilis.*

liberté testamentaire produirait son effet, à défaut de l'*ademtio*, puisqu'il suffit pour la liberté directe que l'esclave appartienne au testateur lors du testament et lors du décès. L'intervalle entre ces deux époques est indifférent, de même que pour la validité de l'institution d'un héritier nécessaire (l. 50, pr. D. *De her. inst.*). Le testateur faisant quelque chose d'utile par cette révocation, il faut en tenir compte. Dès lors, comme les dispositions codicillaires se fondent, ainsi que nous l'avons vu, avec le testament dont elles sont censées faire partie, l'*ademtio libertatis* entraîne la nullité du legs, suivant cette règle : *Cum libertas adimitur, legata servis relicta nihil attinet adimi* (l. *ult.*, § 1 D. *De adim. legat.*). C'est comme si le legs n'avait pas été accompagné de la liberté. Il sera *pro non scripto*, et non *in causa caduci*; dans tous les cas, le nouveau propriétaire de l'esclave n'y aura pas droit. — Pour valider l'*ademtio libertatis*, Paul invoque en outre les effets de la *datio libertatis*, qui peut être utile à l'égard d'un esclave dont le testateur était propriétaire à l'époque du testament, bien que cette *datio* soit contenue dans un codicille fait à un moment où l'esclave n'appartenait plus au disposant. Pourvu qu'il soit rentré dans le patrimoine de celui-ci lors du décès, l'affranchissement opérera directement, en vertu du codicille qui s'incorpore au testament. En un mot, Paul ne fait que reproduire une solution donnée par Julien, l. 2, § 2, D. *De jur. codic.*, dont nous avons déjà parlé[1].

70. Le paragraphe 1er, passant ensuite au cas où l'esclave affranchi par testament et gratifié d'un legs serait plus tard affranchi entre vifs, décide que c'est en vain que la liberté lui serait retirée par un codicille : le legs n'en subsistera pas moins. *Videamus an perdiderit legatum vana ademtio libertatis, quod quidam putant ; sed supervacua scriptura non nocet legato.* Quelques esprits étaient d'un avis contraire. Sans doute ils pensaient que si l'affranchi retombait au pouvoir du testateur, dont il se trouverait être l'esclave lors du décès, l'*ademtio libertatis* serait efficace. Cette objection est repoussée par Paul dans la loi suivante, § 1, où il traite de la validité de l'*ademtio* pour l'hypothèse du legs fait à un esclave légué. L'affranchissement entre vifs, dit le jurisconsulte, a fait disparaître absolu-

[1] Voir p. 40.

ment la *persona servi*. En supposant que l'affranchi retombe *in servitute*, il y aurait alors un *novus homo*, tout autre que l'*homo* auquel la liberté a été conférée dans le testament d'une manière éventuelle, et par un acte entre vifs d'une manière immédiate. L'*ademtio libertatis* écrite au codicille est *nullius momenti*, parce qu'elle s'applique à un *homo* qui a cessé d'exister. Cette *ademtio* doit donc rester sans valeur; et, par suite, une *supervacua scriptura* ne saurait effacer un legs valable *ab initio* [1].

71. La loi 27, D. *De adim. legat.*, qui appartient au même jurisconsulte, examine les effets de l'*ademtio legati*, pour le cas où il s'agirait d'un legs fait à un esclave qui a été légué à un tiers. Paul reproduit exactement la distinction que nous venons d'analyser. L'*ademtio* a-t-elle lieu postérieurement à l'aliénation de l'esclave, la révocation est valable. Survient-elle, au contraire, après que l'esclave légataire a été affranchi entre vifs, la révocation est non avenue.

72. Pour compléter les règles du droit romain en ce qui concerne les legs laissés par le testateur à ses esclaves, nous dirons un mot du cas où l'esclave légataire n'appartient au disposant que pour partie. Cette hypothèse est prévue par Paul (*Sent.*, liv. III, tit. VI, § 4), qui admet la validité du legs, sans distinguer s'il est ou non accompagné d'un affranchissement, mais en attribuant toujours au *socius* le bénéfice entier du legs. *Communi servo cum libertate et sine libertate legari potest, totumque legatum socio testatoris adquiritur.*

73. Supposons d'abord que l'esclave légataire a été en même temps affranchi par le testament. Si l'esclave est resté commun jusqu'au jour du décès, il n'y avait aucune difficulté, à l'époque des jurisconsultes, pour faire profiter exclusivement du legs le *socius*. Jusqu'à Justinien, en effet, quand un copropriétaire affranchissait par testament l'esclave commun, il s'opérait en

[1] Paul est fidèle à son point de vue, quand il décide, l. 98, § 8, D. *De solut.*, que celui qui a promis *servum alienum* est libéré définitivement, à raison de l'affranchissement émané du *dominus*, et que l'obligation, *in perpetuum sublata*, ne revivrait pas, si l'affranchi retombait *in servitute*. Ce ne serait plus l'objet promis, *alius esse videtur*. Il est vrai que Celse enseignait l'opinion contraire; mais Paul atteste qu'elle n'avait pas prévalu.

faveur de l'autre *dominus* un *jus adcrescendi*, par l'effet duquel il devenait seul propriétaire de l'esclave. Peu importe que cette acquisition ne se réalise en faveur du *socius* qu'au jour de l'adition, puisque le *dies cedens* du legs fait par un maître à son esclave n'est pas antérieur à cette époque. Sous Justinien, au contraire, grâce à la loi 1, C. *De comm. serv. man.* [1], qui permet à un seul des maîtres d'affranchir l'esclave commun, sauf indemnité pour le copropriétaire, le legs fait *cum libertate* sera assimilé à un legs qui s'adresserait au *servus proprius testatoris*. Le légataire sera libre et profitera du legs.—Dans l'ancien droit, du reste, le même résultat pouvait se produire; l'esclave commun lors du testament aurait obtenu la liberté et le legs, si le testateur était devenu à sa mort seul propriétaire de l'esclave. Le legs aurait été considéré comme fait dès l'origine à l'esclave propre du testateur. C'est ainsi que l'on envisageait l'institution au profit d'un esclave commun acquis plus tard en totalité par le testateur. Voir l. 6, § 3, *D. De her. instit.* Aussi Ulpien (*Reg.*, tit. XXII, § 10) dit-il : *Communis servus cum libertate recte quidem heres instituitur,* QUASI PROPRIUS PRO PARTE NOSTRA. La même règle était admise à l'occasion des legs, et agréée par tous les jurisconsultes, suivant le témoignage de Justinien, l. 2, C. *De comm. serv. man.*

74. Le legs fait à l'esclave commun n'était-il pas accompagné de la liberté, le *socius* devait encore recueillir sans réserve le bénéfice de ce legs. Ici sans doute il n'y avait pas de *jus adcrescendi*, et la part qu'avait le testateur dans l'esclave passait à son héritier. Mais ce dernier ne pouvait acquérir pour partie par cet esclave un legs dont il était lui-même grevé. En pareil cas, le legs valait comme fait à un *servus alienus*. On disait avec Julien (l. 1, § 4, D. *De stip. serv.*) : *Communis servus duorum servorum personam sustinet.* Malgré la pluralité de maîtres, l'esclave commun acquiert *in solidum* pour un seul, quand les autres sont incapables d'acquérir (§ 3, Inst. *De stip. serv.*). On trouve des applications de ce principe à l'occasion de notre espèce, dans la loi 63, § 9, D. *Pro soc.*, et 11, D. *De opt. vel elect.*

75. Enfin, remarquons que si le legs fait à l'esclave commun peut valoir au profit du *socius*, comme étant laissé à un *servus*

[1] Voir aussi § 4, Instit. *De donat.*

alienus, il devrait être annulé, dans le cas où le *socius* serait précisément l'héritier institué. Ici s'appliquerait la règle Catonienne, qui ne permet pas, on le sait, de léguer à l'esclave de l'héritier. Il faut, bien entendu, réserver l'hypothèse où le legs serait fait *sub conditione*. Telle est la doctrine exposée par Paul dans la loi 89, D. *De her. instit*. Ce texte toutefois n'annule le legs pur et simple qu'autant qu'il a été laissé *sine libertate*, et autorise à dire qu'il serait valable *à contrario*, s'il était fait *cum libertate*. Nous admettons ce résultat à l'époque de la compilation des Pandectes, puisque le *dominus pro parte* peut désormais conférer la liberté à l'esclave commun, et faire ainsi utilement un legs au profit de ce dernier. Mais nous partageons l'opinion de Mühlenbruch [1], qui pense que ces mots *sine libertate* sont une interpolation de Tribonien. Paul, en effet, devait enseigner sans distinction la nullité du legs *cum libertate* ou *sine libertate*; car, de son temps, le concours de la volonté de tous les maîtres était nécessaire pour conférer la liberté à l'esclave commun, et, par suite, l'affranchissement émané de celui qui n'était propriétaire que pour partie devait rester sans effet pour rendre libre le légataire.

76. Nous terminerons notre travail par quelques observations sur l'histoire de la règle Catonienne au point de vue de la littérature du droit. Si la portée de cette règle a été souvent exagérée, d'un autre côté, les efforts n'ont pas manqué pour lui enlever son véritable domaine, et nier l'influence qu'elle exerçait sur la validité des legs. Dans l'ancienne jurisprudence, l'opinion qui ralliait les suffrages des commentateurs les plus célèbres était que le jeu de la règle Catonienne avait été en général supprimé pour les legs à partir des lois caducaires jusqu'à Justinien. En outre, de nos jours, beaucoup d'auteurs ont prétendu que l'assimilation établie par Justinien entre les fidéicommis et les legs avait désormais débarrassé ces derniers des entraves de la règle Catonienne.

77. Le premier système, défendu par Cujas, Godefroy, Heineccius, Pothier, repose sur la loi 3, D. *De reg. Cat.*, rappro-

[1] Suite de Glück, t. XXXIX, § 1437, p. 209.

chée de la loi 5, *eod. tit.* D'après la loi 3, la règle Catonienne ne concernait pas les legs dont le *dies cedens* ne se plaçait point au moment du décès (*quorum dies non mortis tempore cedit*). Or, depuis la loi Papia, le *dies cedens*, même pour les legs purs et simples, n'avait lieu que *ex apertis tabulis testamenti*, comme nous l'apprend Ulpien, *Reg.*, XXIV, 31. Dès lors, il n'y avait plus ordinairement aucun legs pour lequel on pût dire : *dies cedit mortis tempore ;* et, par conséquent, la règle Catonienne restait sans application. Tel serait effectivement le sens de la loi 5 : *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet.*

78. Il est facile de répondre que cette interprétation n'est pas en harmonie avec les termes de la loi 5. Si Ulpien eût voulu exprimer cette idée, que la règle Catonienne était étrangère aux legs dont le *dies cedens* exige l'*apertura tabularum*, il n'aurait pas parlé des *leges novæ*, mais uniquement de la loi Papia, la seule qui rattachât à l'*apertura tabularum* l'effet que nous avons indiqué, ce qui est confirmé par le paragraphe 1 de la constitution, *De cad. toll.* Une interprétation bien plus satisfaisante, et qui est aujourd'hui généralement suivie, consiste à dire qu'Ulpien entendait faire allusion aux incapacités créées par les lois de l'époque d'Auguste, c'est-à-dire non pas seulement par la loi Papia à l'égard des *orbi*, mais auparavant par la loi Julia à l'égard des *cœlibes*, et, un peu plus tard, par la loi Junia Norbana[1] à l'égard des Latins Juniens. Ces incapacités ne faisaient pas obstacle à ce que ceux qui se trouvaient dans l'une ou l'autre de ces positions *testamenti tempore* ne fussent l'objet de dispositions testamentaires. On devait attendre, pour décider du sort de ces dispositions, le moment où il s'agirait d'en recueillir le bénéfice, et même un délai de cent jours était accordé au *cœlebs* pour obéir à la loi Julia, au Latin Junien pour acquérir la cité romaine ; aussi disait-on qu'il y avait seulement absence du *jus capiendi.* On s'explique très-bien que la règle Catonienne fût écartée en pareille matière. Un légataire, *cœlebs* lors du testament, et qui a persévéré dans cet état plus de cent jours après le testament, ne doit pas être privé de son legs, quand il se trouve apte à *capere* lors du décès du testateur, ou même avant l'expiration du délai qui lui est concédé.

[1] Nous pensons que cette dernière loi est postérieure aux lois caducaires, et qu'elle ne remonte pas à l'an 671 de Rome.

79. Si la formalité de l'*apertura tabularum*, à l'époque classique, en retardant le *dies cedens* des legs purs et simples, les eût soustraits à l'empire de la règle Catonienne, on ne concevrait pas comment les jurisconsultes parlent si souvent de cette règle à l'occasion des legs de cette espèce. Sans doute, l'*apertura tabularum* n'était pas toujours indispensable pour autoriser l'acquisition de l'hérédité, et par suite le *dies cedens* des legs. Ainsi, elle était inutile vis-à-vis l'*heres necessarius* [1]. Il en était de même, quand l'héritier volontaire se trouvait institué *ex asse*. Voir les lois 1, § 4, D. *De jur. et fact. ign.*, et 21, *in fine*, D. *De cond. et dem.* Mais il n'en est pas moins vrai que ces hypothèses constituaient en fait des exceptions, et qu'ordinairement, le *dies cedens* n'était pas antérieur à l'*apertura tabularum*, de sorte que, dans le système que nous combattons, l'assujettissement du legs pur à la règle Catonienne, indiqué dans tant de textes comme formant le droit commun, aurait été en contradiction avec ce qui se passait dans la pratique.

80. Malgré le retard usuel que subissait, depuis la loi Papia, le *dies cedens* des legs purs et simples, on continua à les traiter comme à l'époque où avait été introduite la règle de Caton. Nous avons vu qu'on avait rangé sous cette règle les legs dont l'effet était immédiat à la mort du testateur, et qu'on en avait exempté ceux dont l'effet était différé jusqu'à l'adition ou jusqu'à l'événement d'une condition. Postérieurement à la loi Papia, qui ne permettait plus habituellement à un legs pur de produire quelque effet avant l'*apertura tabularum*, on ne tint pas compte du léger intervalle qui devait s'écouler entre le décès et cette *apertura*, intervalle qui, en principe, ne dépassait pas trois à cinq jours, nous dit Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. VI, § 3. On opposa toujours aux legs dont le *dies* était fort voisin de la mort du testateur, ceux pour lesquels il fallait attendre au moins l'adition d'hérédité, qui pouvait rester incertaine durant cent jours, délai ordinaire de la crétion réglée par le testateur, ou délai que le Préteur était dans l'usage d'accorder pour délibérer. Les fragments des jurisconsultes (voir l. 3, D. *De reg. Cat.*, l. 5, § 1, D. *Quand. dies legat.*) parlent toujours du *mortis tempus* comme étant celui du *dies cedens* pour les legs purs et

[1] Voir plus haut, p. 18.

simples[1]; et il n'est pas nécessaire de supposer que ces textes ont été interpolés, parce qu'on négligeait les quelques jours qui s'écoulaient jusqu'à l'*apertura tabularum*. Remarquons, en effet, que l'antithèse est établie dans la loi 3 entre le *tempus mortis* et le *tempus aditæ hereditatis*. Ce n'est qu'autant que le *dies cedens* est reculé jusqu'à l'adition qu'il y a lieu de mettre de côté la règle Catonienne. Cette loi, prise dans son entier, ne permet donc pas de faire grâce de cette règle quant aux legs dont le *dies cedens* n'exige que l'*apertura tabularum*. Aussi l'opinion qui dominait dans l'ancienne jurisprudence est-elle aujourd'hui repoussée par la plupart des auteurs[2].

81. Tandis qu'autrefois la règle Catonienne passait pour avoir été à peu près supprimée depuis le temps d'Auguste jusqu'à celui de Justinien, il s'est produit de nos jours, en sens contraire, un système qui compte de nombreux partisans[3], et d'après lequel cette règle aurait été tacitement abolie par Justinien. Cette abrogation serait, comme nous l'avons dit, une conséquence forcée de l'assimilation établie désormais entre les legs et les fidéicommis. Ces derniers étaient, prétend-on, affranchis du joug de la règle Catonienne ; l'exemption est devenue commune aux legs du moment où ils ont dû être traités avec la même faveur que les fidéicommis.

82. Cette doctrine n'a pas été cependant sans trouver des contradicteurs de l'autre côté du Rhin : elle a été combattue notamment par M. Arndts[4] et par M. de Vangerow. Ces auteurs, dont

[1] La loi 44, D. *De mort. caus. donat.*, contient un vestige de l'ancienne règle sur le *dies cedens*. Elle décide qu'un esclave, auquel a été faite une donation à cause de mort, s'il n'est affranchi qu'après le décès du donateur, laissera à son patron le profit de la donation, bien que l'affranchissement soit antérieur à l'*apertura tabularum*. Il en eût été autrement si la libéralité avait consisté en un legs. Le *dies cedens* se trouvant postérieur à la manumission, l'affranchi aurait bénéficié du legs ; mais la donation *mortis causa*, à la différence du legs, était indépendante du sort du testament.

[2] Voir M. de Vangerow, § 540, n° 4, qui cite dans le même sens Harnier et Muller.

[3] M. de Vangerow, t. II, § 540, n° 5, indique Schöman comme l'auteur de ce système, auquel se sont rattachés beaucoup de jurisconsultes, dont la liste est donnée par M. de Vangerow.

[4] P. 245.

nous partageons l'opinion, font observer combien il est invraisemblable d'admettre une pareille abrogation, qui daterait de l'an 531, époque où a été émise la constitution qui aurait opéré ce changement, quand les Pandectes contiennent un titre particulier consacré à la règle Catonienne, indépendamment des divers fragments, dans lesquels son application est toujours présentée comme se référant à un droit en vigueur. Les effets de cette règle se trouvent également exposés aux Institutes; et cependant les rédacteurs ont eu le soin d'effacer tout ce qui avait trait au fils de famille, dont Gaïus et les anciens jurisconsultes faisaient mention à l'instar de l'esclave. L'attention des compilateurs s'est donc arrêtée à déterminer la portée que la règle pouvait avoir dans le dernier état du droit, et il faudrait les accuser d'une inadvertance par trop impardonnable, s'il était vrai qu'en restreignant, conformément aux principes modernes, l'étendue de la règle Catonienne, ils avaient oublié qu'elle était devenue complétement inapplicable.

83. Les textes sur lesquels on a étayé la thèse que nous repoussons sont d'abord les paragraphes 1 et 5 de la loi 1, D. *De legat.* III. Les deux fragments expriment la même idée. Ulpien suppose d'abord un fidéicommis laissé par quelqu'un qui était fils de famille ou esclave ; et il décide que la disposition est nulle. Cependant, ajoute-t-il, elle sera valable, si le disposant est décédé *sui juris*, pourvu qu'il ait persisté dans la même volonté depuis qu'il a conquis son indépendance : *videlicet si duraverit voluntas post manumissionem.* Il suffit qu'à sa mort il se trouve capable de disposer, *quasi nunc datum, cum mors ei contigit.* Ulpien fait observer toutefois que cette solution n'est admissible qu'autant que le fidéicommis ne se rattacherait pas à un testament qui serait sans valeur, la nullité de ce dernier entraînant celle du fidéicommis.— Quant au paragrahe 5, il est relatif au cas d'un condamné à la déportation, qui aurait fait des fidéicommis dans un codicille rédigé pendant qu'il était sous le coup de la peine dont il serait plus tard relevé par la grâce du prince qui lui aurait octroyé une *restitutio in integrum.* On peut soutenir, dit le jurisconsulte, que les fidéicommis sont valables, quand leur auteur a persévéré dans ses dispositions postérieurement à l'époque où il a recouvré la qualité de citoyen romain : si *modo in ea voluntate duravit.*

84. Nous pourrions nous contenter de répondre que ces textes ont trait à la *testamenti factio* active, dont le règlement était étranger à la règle Catonienne. Mais les décisions d'Ulpien se justifient, d'ailleurs, en se référant au droit en vigueur à l'époque des jurisconsultes, où les fidéicommis étaient dispensés de toute forme, et n'exigeaient qu'une manifestation de volonté quelle qu'elle fût, si bien qu'ils pouvaient être laissés *etiam nutu* (Ulp., *Reg.*, XXV-3). Il n'y avait donc pas à rechercher si la capacité de disposer existait au moment où l'intention de faire la libéralité avait été exprimée pour la première fois. La *perseverantia voluntatis* avait pour résultat de purger le vice qui frappait de nullité le fidéicommis à son origine. Il n'y avait pas en cette matière un *initium* immuable ; on le prenait à l'époque où le disposant, devenu capable, avait continué à vouloir laisser le fidéicommis ; pourvu que cet état de choses se rencontrât au moment de la mort, la disposition était validée : *quasi nunc datum, cum mors ei contigit*. Seulement, l'indulgence dont on usait pour l'appréciation des fidéicommis indépendants d'un testament n'a subsisté que jusqu'à Constantin, qui a exigé une déclaration de volonté faite devant cinq témoins. Désormais, les codicilles ont été, sauf la différence quant aux conditions de solennité, mis sur la même ligne que les testaments. Il y a eu, pour eux aussi, un *initium*, qui est le jour de la déclaration énoncée devant les témoins ; et les décisions d'Ulpien n'ont plus de valeur sous Justinien que comme documents historiques.

85. La loi 7, pr. D. *De legat.* III, a été encore invoquée par nos adversaires. Il y est question d'un fidéicommis laissé à l'esclave d'un déporté. Ulpien dit que ce fidéicommis sera attribué au fisc, à moins que le maître n'ait été restitué avant la mort du disposant, cas auquel la libéralité sera recueillie par le maître. Remarquons qu'il s'agit ici de la *testamenti factio* passive, laquelle, pas plus que la *testamenti factio* active, n'était gouvernée par la règle Catonienne. Du temps des jurisconsultes, le fidéicommis, sous ce rapport, n'était pas traité comme le legs. Ce dernier était nul *ab initio*, quand il s'adressait à un esclave dont le maître manquait de la *testamenti factio*. Au contraire, les fidéicommis laissés à un *peregrinus*, et par conséquent à l'un de ses esclaves, restèrent licites jusqu'à un sénatus-consulte émis sous Hadrien (Gaï. II, 285), qui décida, non point qu'ils

seraient nuls, mais qu'ils seraient pris par le fisc. Ulpien faisait une application de ce sénatus-consulte, en déférant au fisc le bénéfice du fidéicommis, pour le cas où son titulaire serait resté l'esclave d'un déporté. Il n'y aurait donc pas eu nullité de la disposition, en supposant que son auteur fût décédé immédiatement. Dès lors, elle ne tombait pas sous l'empire de la règle Catonienne. Toutefois, si l'esclave, à l'époque du *dies cedens* du fidéicommis, appartient à un maître qui est aujourd'hui capable, le fisc doit être écarté : c'est le maître actuel qui pourra profiter de cette libéralité qui n'était point viciée *ab initio*. Rappelons-nous, d'un autre côté, que, sous Ulpien, l'*initium* du fidéicommis ne se plaçait pas au jour où la volonté de le laisser avait été manifestée pour la première fois. Nous pensons néanmoins que, sous Justinien, c'est la règle admise pour les legs qui doit prévaloir. Le fidéicommis, comme le legs, n'est possible, à l'égard d'un esclave, qu'autant que son maître, au moment de la déclaration de la volonté, jouit de la *testamenti factio*.

86. Si nous consultons maintenant, quant aux fidéicommis, les décisions contenues au *corpus juris*, pour les hypothèses qui rentrent véritablement dans le domaine de la règle Catonienne, nous les trouvons parfaitement conformes à celles qui sont données à l'occasion des legs. Nous avons vu que l'esclave de l'institué ne pouvait être legataire pur et simple ; Ulpien, l. 8, § 1, D. *De legat.* III, nie également, en principe, la possibilité du fidéicommis à l'égard de l'esclave de l'héritier : *Servo heredis fideicommissum utiliter non relinquitur*. — Suivant Mæcianus (l. 30, § 8, D. *Ad leg. Falcid.*), les legs ou les fidéicommis faits au profit de l'esclave de l'institué ne doivent pas régulièrement entrer en ligne de compte pour le calcul de la Falcidie. Il en est autrement, dit Mæcianus, s'il s'agit de legs ou de fidéicommis laissés *in diem incertam*[1]. On sait, en effet, que, dans les dispositions de dernière volonté, le *dies incertus* équivaut à une condition : *Dies incertus conditionem in testamento facit*, l. 75, D. *De cond*,

[1] Cujas (obs. XIV-10) a proposé de lire : *in diem incertam*, au lieu de : *in diem certam*, que portent la Vulgate et la Florentine. Cette correction, approuvée par Pothier et par M. Arndts, nous semble nécessaire, puisque les legs *in diem certam* étaient traités comme legs purs et simples. La conjecture émise par Cujas est confirmée par les scholies des Basiliques, où l'on trouve cette explication : *Si vero sub conditione servo heredis legatum sit, et ante eventum ejus alienatus sit, valet, ut Instit. lib. II, tit.* 20.



et dem. Or, de même qu'un legs conditionnel échappe à la règle Catonienne, de même le fidéicommis fait en faveur de l'esclave de l'héritier n'est susceptible d'être efficace que grâce à la modalité qui l'affecte de manière à le rendre conditionnel. Il y aura lieu alors, indistinctement pour les legs et les fidéicommis dont le titulaire serait un esclave de l'institué, à tenir compte de leur montant, pour les faire entrer éventuellement dans le calcul de la Falcidie, ce qui devra être, si l'esclave est devenu libre ou a changé de maître au moment où le *dies cedens* se réalisera. C'est ce qu'explique Mæcianus, qui ajoute : *Nam, si libertatis*[1] *dies cœperit cedere, ei debebuntur et in contributionem venient.* — Dans la dernière partie de la loi 30, le jurisconsulte s'occupe des legs ou des fidéicommis laissés par le défunt à ses propres esclaves. Ceux-ci sont également nuls les uns et les autres, quand ils ont été faits *sine libertate.* Sur ce point encore, pas de différence entre les legs et les fidéicommis. Cette règle se trouve reproduite au Code, dans une constitution que nous avons déjà citée, la loi 4, *De legat.*— Enfin, une autre constitution, la loi 13, C. *De legat.*, déclare non douteuse (*certum est*) la nullité du fidéicommis, à l'instar de celle du legs, quand il porte sur la *res propria* du fidéicommissaire, ce qui doit s'entendre d'une disposition pure et simple, réprouvée dans les deux cas par la règle Catonienne.— Ces différents textes, qui mettent constamment sur la même ligne les fidéicommis et les legs, nous autorisent à conclure que les premiers, tout aussi bien que les derniers, étaient soumis à la règle Catonienne. Le système, qui admet une abrogation tacite de cette règle comme conséquence de l'assimilation effectuée entre les deux sortes de dispositions, et qui part de cette idée, que les fidéicommis auraient été exempts de la règle, doit donc être rejeté, puisqu'il n'a pour base qu'une supposition erronée, démentie par des décisions multipliées.

[1] La pensée du jurisconsulte ne peut être douteuse; Cependant, ici encore, le texte a besoin d'être amendé. Cujas substitue *liberato* à *libertatis*. Nous préférerions, en conservant le mot *libertatis*, ajouter *die*, et lire : *si libertatis die dies cœperit cedere*. Peut-être aussi Mæcianus avait-il écrit simplement : *Si libertatis die cœperit cedere*, en sous-entendant : *dies incerta legati vel fideicommissi*; et les copistes auront transformé *die* en *dies*.

FIN.

